Commission sur
l'avenir des soins de santé
au Canada

Commission on the
Future of Health Care
in Canada

ÉTUDE Nº 22

Quelle sera l'incidence des accords commerciaux internationaux sur les soins de santé du Canada?

par
Jon R. Johnson
Goodmans LLP

septembre 2002

N° de catalogue CP32-79/20-2002F-IN

ISBN 0-662-87720-9

Bien que les opinions exprimées dans ces études n'engagent que celles du ou des auteurs, toutes ces études furent soumises à un processus indépendant d'examen par des pairs. La Commission tient à remercier l'Institut des services et de politiques de la santé (ISPS) des Instituts de recherche en santé du Canada pour avoir assuré la surveillance et la bonne marche de ce processus d'examen des études par des pairs. La participation des auteurs, des examinateurs et de l'ISPS à la réalisation de ces études constitue un apport important aux travaux de la Commission et contribuera à l'héritage qu'elle laissera.

Le générique masculin sera utilisé uniquement dans le but d'alléger le texte.

Table des matières

Points saillants	**iv**
Sommaire	**v**
Introduction	**1**
Le système canadien de soins de santé	**2**
Objectifs des accords de libéralisation du commerce	**4**
Principaux accords de libéralisation susceptibles d'influer sur le système de soins de santé public	**5**
Monopoles	**7**
Investissement et commerce transfrontières des services – les chapitres 11 et 12 de l'ALENA	**9**
L'AGCS et le commerce des services	**20**
Autres dispositions des accords de libéralisation du commerce susceptibles d'influer sur le système de soins de santé	**23**
Dispositions des accords commerciaux ayant des effets minimaux	**25**
Règlement des différends	**27**
Conclusion	**32**
Notes	**38**
Bibliographie	**41**

Points saillants

- Les dispositions des accords de libéralisation du commerce international les plus susceptibles d'influer sur l'organisation et la structure du système canadien de santé sont les clauses d'investissement de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA) concernant le traitement national et les questions de nationalisation et d'expropriation.

- Grâce à des réserves, le système canadien de soins de santé est en grande partie protégé contre les dispositions de traitement national de l'ALENA, mais il se pourrait que l'efficacité de ces réserves diminue au fil des ans.

- Le système canadien des soins de santé n'échappe pas aux dispositions de l'ALENA traitant de nationalisation et d'expropriation. Ces dispositions n'influent pas sur la forme actuelle du système mais pourraient nuire à son expansion dans des domaines où interviennent des intérêts privés, notamment les assureurs, si ces intérêts s'en trouvent exclus.

- Aux termes de l'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS), le Canada a pris des engagements en matière d'accès aux marchés et de traitement national visant l'assurance-santé, et ces engagements sont susceptibles d'avoir une incidence sur le système canadien de soins de santé. Toutefois, la composante purement publique du système canadien de soins de santé étant un service offert dans l'exercice d'un pouvoir public, elle n'est pas assujettie aux obligations contractées au titre de l'AGCS.

- L'effet que pourraient avoir les clauses de l'ALENA concernant l'investissement serait renforcé par les droits privés d'action que l'ALENA confère aux investisseurs mexicains et américains. Toutefois, aucun droit privé d'action ne peut être exercé en vertu de l'AGCS ou en vertu de tout autre accord conclu dans le cadre de l'OMC.

- On peut facilement imaginer des scénarios catastrophes dans le cadre de l'ALENA et de l'OMC, mais l'incidence véritable de ces accords doit être évaluée de façon réaliste. Un élargissement à de nouveaux domaines de la composante publique du système de soins de santé, qui aurait pour effet d'exclure des intérêts privés, entraînerait des demandes d'indemnisation au titre de l'ALENA ou des contestations dans le cadre de l'OMC, uniquement si les intérêts économiques privés subissant un préjudice étaient importants. Si ces intérêts n'existent pas ou ont peu d'importance, les demandes d'indemnisation ou les contestations seraient peu probables. Aucun accord de libéralisation du commerce ne peut contraindre le Canada à modifier ses lois.

- D'autres dispositions des accords de libéralisation du commerce, comme celles sur les brevets pharmaceutiques, pourraient avoir un effet indirect sur le système public de soins de santé en ayant un impact sur les coûts.

- Les autres dispositions de ces accords auraient un effet négligeable sur le système canadien des soins de santé.

Sommaire

On trouvera dans le présent document des réponses aux questions suivantes, posées par la Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada :

Question générale

Compte tenu de la nature contradictoire des avis juridiques sur la question de l'exemption du système de soins de santé public du Canada des obligations découlant des accords internationaux de libéralisation du commerce, quelles sont les alternatives auxquelles les gouvernements canadiens peuvent recourir pour maintenir en vigueur, s'ils le souhaitent, un système de soins de santé public compatible avec les accords commerciaux internationaux signés par le Canada?

Questions particulières

1) Quels sont les principaux accords internationaux sur la libéralisation du commerce qui sont les plus susceptibles d'influer sur l'organisation et la structure du système de santé du Canada?

2) Dans quelle mesure le fait que l'organisation et la prestation des services relèvent de la compétence des provinces tandis que le gouvernement fédéral négocie les accords commerciaux internationaux a des conséquences pour comprendre comment ces accords vont influencer la prestation des soins de santé publics au Canada?

3) Du point de vue des gouvernements, des intervenants et des fournisseurs de soins de santé, quelles sont les plus importantes opportunités et les plus grands défis soulevés par ces accords internationaux?

4) Quelle est l'incidence réelle des accords économiques et commerciaux internationaux sur l'organisation, le financement et la gestion publique du système canadien de soins de santé? Comment cette incidence se compare-t-elle à la situation qui existait lorsque le régime national d'assurance-hospitalisation ou l'assurance-santé ont été mis en œuvre?

Caractéristiques essentielles du système de soins de santé public du Canada

Le système de soins de santé public du Canada exige que les *services de santé assurés* définis dans les textes législatifs soient couverts par un régime d'assurance-santé administré par une autorité publique mandatée par le gouvernement provincial. L'autorité publique doit acquitter les frais de tous les services de santé assurés, et les assureurs privés sont exclus de ce marché. Toutefois, les assureurs privés fournissent une protection pour les services de santé qui ne sont pas des services de santé assurés. Ces derniers peuvent être offerts - et sont offerts - par des particuliers ou des sociétés commerciales ou à but non lucratif. Les services de santé non-assurés sont offerts par des particuliers ou des entreprises et les frais y afférant sont acquittés par les patients ou par des régimes d'assurance administrés par des assureurs privés.

Les plus importants accords internationaux de libéralisation du commerce (Question 1)

Les accords internationaux de libéralisation du commerce qui sont les plus susceptibles d'influer sur l'organisation et la structure du système canadien de santé sont l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA) et l'*Accord portant création de l'Organisation mondiale du commerce* (Accord de l'OMC).

Les dispositions les plus importantes de l'ALÉNA sont les clauses d'investissement qui exigent : (a) le versement d'une indemnisation pour toute nationalisation ou expropriation d'un investissement effectué par un investisseur américain ou mexicain; et (b) un traitement non moins favorable (c'est-à-dire un traitement national) pour les investisseurs américains et mexicains et pour les investissements qu'ils effectuent. Le système canadien de soins de santé échappe en grande partie aux obligations découlant du traitement national par le biais de la réserve de l'Annexe I, qui assure le maintien en vigueur de toutes les mesures provinciales non-conformes en vigueur le 1er janvier 1994, et aussi de la réserve de l'Annexe II visant les services de santé établis ou maintenus en vigueur à des fins publiques. La disposition concernant l'expropriation n'est pas visée par les réserves. Les investisseurs américains et mexicains peuvent exercer des droits privés d'action contre le gouvernement canadien en cas de violation de ces dispositions.

Les dispositions les plus importantes de l'OMC sont les obligations concernant l'accès aux marchés et le traitement national figurant dans *l'Accord général sur le commerce des services* (AGCS). Ces obligations s'appliquent aux secteurs à l'égard desquels le Canada a contracté des obligations, ce qui inclut les services d'assurance-maladie. La composante purement publique du système canadien de soins de santé n'est pas assujettie aux obligations de l'AGCS parce qu'il s'agit de services offerts par une instance gouvernementale. À la différence du Chapitre 11 de l'ALENA, l'AGCS ne confère aucun droit d'action directe aux agents privés.

L'ALENA et l'AGCS comportent en outre des dispositions concernant les monopoles qui, bien qu'elles ne puissent être ignorées, ne sont pas astreignantes. Les dispositions de l'OMC et de l'ALENA en matière de propriété intellectuelle influent sur les coûts des soins de santé mais ne limitent pas la capacité du Canada de maintenir en vigueur son système public. Les règles de l'OMC sur les subventions suppriment la possibilité de mesures compensatoires contre le système public canadien. L'incidence des autres dispositions de l'OMC et de l'ALENA est négligeable.

Responsabilité provinciale (Question 2)

Les dispositions des accords de libéralisation du commerce dont il est question ci-dessus s'appliquent aux mesures tant fédérales que provinciales.

Possibilités et difficultés (Question 3)

Les accords de libéralisation du commerce soulèvent plus de difficultés qu'ils n'offrent de possibilités. Ces accords créent des possibilités nouvelles dans les marchés d'exportation, bien que la mise en valeur de la capacité de desservir les marchés d'exportation puisse avoir un effet positif indirect sur les soins de santé canadiens. Les accords de libéralisation du commerce ne mettent pas en péril la forme actuelle du système de soins de santé public. Toutefois, un élargissement de la composante publique du système pourrait être considéré comme une forme de nationalisation et pourrait donc donner lieu à des demandes d'indemnisation aux termes de l'ALENA. Un

élargissement de la composante privée du système pourrait réduire la protection que procure la réserve de l'Annexe I de l'ALENA contre les obligations relatives au traitement national. De nouveaux engagements découlant de l'AGCS dans les domaines des soins de santé seront débattus lors du cycle des négociations de l'OMC lancé à Doha et ne devraient être acceptés qu'après mûre réflexion. Les négociations sur l'*Accord de libre-échange des Amériques* (ALEA) pourraient soulever des difficultés mais pourraient aussi offrir la possibilité de supprimer certaines incertitudes concernant le chapitre de l'ALENA sur l'investissement.

Comparaison avec la situation qui existait lorsque l'assurance-santé a été instituée et incidence réelle (Question 4)

Les accords de l'ALENA et de l'OMC sont entrés en vigueur bien après la mise en place du régime d'assurance-santé. L'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* existait avant que le régime d'assurance-santé ne soit institué mais n'a exercé aucun effet sur celui-ci. Les obligations de traitement national découlant de l'ALENA étaient nouvelles mais les dispositions de cet accord concernant l'expropriation n'ont fait que codifier les règles du droit international portant sur la responsabilité des États à l'égard des biens détenus par les étrangers, règles qui sont antérieures à la mise en place du système d'assurance-santé.

On peut facilement imaginer des scénarios catastrophes découlant de l'ALENA et de l'OMC, mais l'incidence véritable de ces accords doit être évaluée de façon réaliste. Un élargissement de la composante publique à de nouveaux domaines, comme les soins à domicile, qui aurait pour effet d'exclure des intérêts privés, entraînerait des demandes d'indemnisation uniquement si les intérêts économiques concernés étaient importants. Si ces intérêts n'existent pas ou ont peu d'importance, il est peu probable qu'il y ait des demandes d'indemnisation fondées sur l'ALENA. Les recours au titre du Chapitre 11 de l'ALENA sont très coûteux pour les investisseurs privés et les gouvernements n'engagent des procédures dans le cadre de l'OMC qu'après avoir soupesé tous les arguments.

Voies à suivre (Question générale)

Si le Canada souhaite conserver son système de soins de santé public, la solution la plus simple consiste à maintenir le statu quo, et donc à éviter tout élargissement ou rétrécissement de la composante publique. On pourrait envisager un élargissement de la composante publique à de nouveaux domaines où les intérêts privés ne répondent pas aux besoins et sont peu importants. Dans tous les autres cas, un élargissement à de nouveaux domaines pourrait donner lieu à des demandes d'indemnisation et s'avérer très difficile. Il y a lieu de se montrer prudent au sujet d'un accroissement du rôle des organismes privés à vocation commerciale dans le système des soins de santé. Modifier les lois provinciales en vue d'accroître la participation étrangère diminuerait la protection que procure la réserve de l'Annexe I. L'ouverture à des entreprises commerciales de domaines qui sont actuellement réservés exclusivement aux sociétés à but non lucratif pourrait soulever des questions de traitement national dans le cadre de l'ALENA et, selon la nature des engagements pris par le Canada, de l'AGCS. Quant à savoir si on doit s'attendre à des demandes d'indemnisation ou à des contestations, il s'agit d'une toute autre question à laquelle on pourra trouver une réponse avant de s'engager dans cette direction.

Introduction

Le Canada souscrit aux accords commerciaux multilatéraux depuis 1948, année où l'*Accord sur les tarifs douaniers et le commerce* (baptisé GATT 1947) est entré en vigueur. Le GATT 1947 et les divers accords qui, de 1948 à 1980, ont été conclus à la suite d'une série de cycles de négociations multilatérales visant à en expliciter certaines dispositions, ont eu peu d'effet sur les modalités d'organisation du système canadien de soins de santé.

Depuis la conclusion de ces cycles de négociations du GATT, le Canada a signé des accords de libéralisation du commerce comportant des obligations qui limitent la capacité des gouvernements de déterminer les modes de prestation de divers services. L'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* (ALE), qui est entré en vigueur le 1er janvier 1989, comportait des obligations visant les services, l'investissement et la désignation de monopoles. L'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA), qui s'est substitué à l'ALE le 1er janvier1994 et auquel a également souscrit le Mexique, a permis de préciser la nature des dispositions concernant les monopoles, d'accroître les obligations visant les services et l'investissement et de créer de nouvelles obligations en matière de propriété intellectuelle.

À l'époque où se déroulaient les négociations concernant l'ALE et l'ALENA, on a mis fin aux négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay qui se sont déroulées dans le cadre du GATT. Le cycle de l'Uruguay a abouti à la signature de *l'Accord de Marrakesh portant création de l'Organisation mondiale du commerce* (Accord de l'OMC), entré en vigueur le 1er janvier 1995. Les Annexes de cet accord reprennent les dispositions du GATT 1947 sous le titre *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce 1994* (GATT 1994), ainsi que les dispositions d'autres accords sur le commerce des marchandises. Les Annexes renferment en outre des accords entièrement nouveaux sur le commerce des services et la propriété intellectuelle et prévoient une procédure officielle de règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Le système canadien de soins de santé

Bien que ce soit aux provinces qu'incombe la responsabilité principale des soins de santé au Canada, la structure fondamentale du système de soins de santé public est déterminée par la *Loi canadienne sur la santé*. Celle-ci précise les critères que doit respecter chaque province pour avoir droit à une contribution en espèces au titre du Transfert canadien en matière de santé et de programmes sociaux.

Les cinq critères prévus par la Loi canadienne sur la santé

Pour avoir droit à des paiements en espèces, une province doit respecter les cinq critères suivants :

- *Gestion publique :* La province doit mettre en place un régime d'assurance-santé administré par une autorité publique désignée par le gouvernement provincial.

- *Intégralité :* Le régime d'assurance-santé doit assurer tous les services de santé offerts par les hôpitaux, les médecins praticiens ou les dentistes. Aux termes de la loi, les services de santé assurés comprennent les « services hospitaliers », les « services offerts par les médecins » et les « services de chirurgie dentaire ». Ces expressions sont définies dans la *Loi canadienne de la santé*.

- *Universalité* : Un régime provincial d'assurance-santé doit accorder à toutes les personnes assurées dans la province le droit d'obtenir les services de santé assurés dans le cadre du régime selon les mêmes modalités.

- *Transférabilité :* Le régime d'assurance-santé ne peut imposer une période minimale de résidence ou d'attente supérieure à trois mois et doit prévoir une couverture pendant les absences temporaires.

- *Accessibilité :* Le régime doit faire en sorte que les services assurés soient offerts à tous selon les mêmes modalités. Les paiements doivent correspondre à un barème ou à un système autorisé en vertu d'une loi provinciale. Le régime doit prévoir une indemnité raisonnable pour tous les services de santé assurés offerts par des médecins praticiens ou des dentistes, ainsi que le versement de montants aux hôpitaux. Des montants sont déduits des transferts de fonds si les provinces permettent aux médecins praticiens et aux dentistes de surfacturer des services assurés. La surfacturation consiste à facturer en sus du montant prévu pour le service assuré dans le cadre du régime d'assurance-santé.

Les régimes d'assurance-santé mis en place dans toutes les provinces respectent ces critères.

Les principales caractéristiques du système de soins de santé public du Canada selon la perspective des accords commerciaux

Le système de soins de santé public du Canada exige que soit créé dans chaque province un monopole concernant l'acquittement des frais afférents à tous les services de santé assurés qui y sont offerts. Les services de santé assurés doivent être couverts par un régime d'assurance-santé

administré par une autorité publique désignée par la province. L'organisme en question doit acquitter les frais de tous les services de santé assurés. Les fonds utilisés pour acquitter les frais peuvent provenir entièrement des recettes publiques ou en partie de primes prélevées par les autorités gouvernementales. Toutefois, il est interdit de recourir à un ticket modérateur. Que ce soit en vertu d'une disposition juridique ou d'une coutume, les services assurés ne sont pas couverts par des régimes administrés par des assureurs privés[1].

Le système canadien de soins de santé est public puisqu'une autorité publique acquitte les frais des services assurés dans chaque province. Toutefois, aucune disposition de la *Loi canadienne sur la santé* n'interdit à des entreprises privées de nature commerciale ou à but non lucratif d'offrir des services de santé assurés (Flood 1999, 31) et la prestation des services assurés est généralement offerte par des particuliers ou des entreprises privées. Les médecins praticiens et les dentistes sont généralement des travailleurs autonomes qui sont rémunérés à l'acte (Flood 1999, 31). Bien que les hôpitaux obtiennent la plus grande part de leurs fonds du secteur public, ils appartiennent rarement à des gouvernements. La plupart des hôpitaux « publics » appartiennent à des sociétés à but non lucratif (Flood 1999, 36).

Bien que les particuliers et les entreprises privées s'occupent de la prestation des services assurés, ces fournisseurs de service ne peuvent conclure un contrat de service avec les patients concernant le prix du service; et le prix s'appliquant à chaque service assuré qu'ils offrent ne peut être que le prix établi aux termes de la loi provinciale. En général, les fournisseurs de service facturent directement l'autorité publique. Si un fournisseur de service facture un patient, la facture doit correspondre au montant prévu par l'autorité publique et le patient est remboursé par l'organisme en question.

Les services de santé assurés qui sont définis dans la *Loi canadienne sur la santé* et qui sont précisés dans les lois provinciales ne couvrent pas la totalité des services de santé. Bon nombre de services de santé ne sont pas des services de santé assurés. Par exemple, dans le cas de la médecine dentaire, les seuls services dentaires qui sont des services de santé assurés sont les services de chirurgie dentaire offerts par un dentiste dans un hôpital. Les services assurés comprennent le coût des médicaments offerts dans les hôpitaux, mais pas le coût des médicaments offerts hors des hôpitaux. Les interventions médicales qui ne sont pas nécessaires, comme la chirurgie esthétique, ne sont pas des services de santé assurés. Les assureurs privés peuvent offrir et offrent une couverture d'assurance pour les services non-assurés. Ces services non-assurés sont fournis par des entreprises privées, ce qui inclut les entreprises à but lucratif.

Objectifs des accords de libéralisation du commerce

Les principaux objectifs des accords de libéralisation du commerce sont la libéralisation du commerce des biens et services et la protection de l'investissement étranger direct, ainsi que la protection des droits de propriété intellectuelle. Pour atteindre ces objectifs, ces accords imposent des limites aux interventions gouvernementales. Ces limites prennent la forme de règles de non-discrimination et, dans certains cas, de normes auxquelles les mesures gouvernementales doivent se conformer. Dans les domaines où ils imposent des obligations, ces accords tendent généralement à promouvoir des arrangements fondés sur les forces du marché plutôt que des dispositifs administrés par les gouvernements. Toutefois, les accords de libéralisation du commerce permettent expressément la désignation de monopoles et reconnaissent, tout dépendant des qualifications, le droit aux gouvernements de réglementer.

Principaux accords de libéralisation susceptibles d'influer sur le système de soins de santé public

Les accords de libéralisation du commerce les plus susceptibles d'influer sensiblement sur l'organisation et la structure du régime canadien de soins de santé sont l'ALENA[2] et certains accords (accords de l'OMC) figurant dans les Annexes de l'Accord de l'OMC, en particulier l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)[3].

Responsabilité provinciale en vertu des accords de libéralisation du commerce

Les accords de libéralisation du commerce obligent généralement le gouvernement fédéral à faire en sorte que les autorités provinciales et municipales se conforment aux dispositions qui y figurent. L'article 105 de l'ALENA oblige chaque signataire à veiller à ce que toutes les mesures soient prises pour assurer le respect des clauses de l'accord par tous les groupes concernés, y compris les autorités provinciales (à moins de disposition contraire). Certains accords de l'OMC, notamment l'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS) et le GATT 1994[4], comportent des dispositions spéciales exigeant que les États membres veillent à ce que les gouvernements régionaux s'y conforment.

En général, les gouvernements provinciaux se conforment à l'ALENA et aux accords de l'OMC, mais il y a d'importantes exceptions. La présente étude vise à déterminer si, dans le cas de chaque accord dont il est ici question, les mesures provinciales sont assujetties à une exigence de conformité et, si oui, jusqu'à quel point.

Dispositions pertinentes des accords de libéralisation du commerce

Les dispositions des accords de libéralisation du commerce qui influent sur le système de soins de santé public du Canada peuvent être résumées comme suit :

Monopoles

Comme on l'a mentionné ci-dessus, l'aspect le plus important du système de soins de santé public du Canada est l'établissement d'un monopole gouvernemental dans chaque province pour l'acquittement des frais des services de santé assurés. Le chapitre 15 de l'ALENA et l'AGCS fixent certaines exigences concernant la désignation et le maintien de monopoles[5].

Investissement et services

Les chapitres 11 et 12 de l'ALENA précisent les obligations concernant l'investissement et le commerce transfrontières des services. Le système de soins de santé influe sur la prestation des services et les investissements des entreprises qui offrent ces services[6]. L'AGCS impose en outre des obligations au titre du commerce des services.

Propriété intellectuelle

Le chapitre 17 de l'ALENA et *l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Accord sur les ADPIC)[7] comportent d'importantes obligations à l'égard des droits de propriété intellectuelle, brevets compris. De nombreux médicaments sur ordonnance sont assujettis à des brevets. Le chapitre 17 de l'ALENA et l'Accord sur les ADPIC limitent l'utilisation des médicaments génériques dans le cadre du système de soins de santé.

Règles concernant les subventions

Les dispositions des accords de libéralisation du commerce sur le commerce des marchandises permettent le prélèvement de droits compensateurs sur les biens importés qui sont subventionnés et ont pour effet d'imposer d'autres restrictions sur les subventions. Le système de soins de santé du Canada repose sur le versement de subventions.

Monopoles

Chapitre 15 de l'ALENA

L'article 1502 de l'ALENA précise les obligations de l'ALENA au sujet des monopoles.

L'article 1505 de l'ALENA définit un « monopole » comme suit :

> « **monopole** désigne une entité, notamment un consortium ou un organisme gouvernemental, qui, sur un marché pertinent du territoire d'une Partie, est désignée comme le seul fournisseur ou le seul acheteur d'un produit ou d'un service… ».

L'autorité publique constituée par chaque province pour acquitter les frais des services de santé assurés est manifestement le seul fournisseur de services d'assurance en ce qui a trait aux services de santé assurés puisque les assureurs privés sont, de facto ou de jure, exclus du marché de l'assurance. En outre, on peut soutenir que l'autorité publique est le seul acheteur de ces services, car personne, sauf l'autorité publique, n'est autorisé à acquitter les frais.

L'article 1502(1) stipule qu'aucune disposition de l'ALENA ne peut être interprétée comme empêchant la désignation d'un monopole. L'article 1502(2) précise les exigences qui doivent être respectées si une Partie (y compris un gouvernement provincial) a l'intention de désigner un monopole. Une notification préalable doit être communiquée aux autres Parties et la Partie doit subordonner l'exploitation du monopole à des conditions qui minimisent ou suppriment l'annulation ou la dégradation de certaines dispositions de l'ALENA, y compris le chapitre 12 de l'ALENA (Commerce transfrontières des services) mais pas son Chapitre 11 (Investissement). Cette disposition ne s'applique pas aux autorités publiques provinciales existantes parce qu'elles ont été désignées il y a plusieurs années. L'Article 1502(2) pourrait être invoqué si une province élargissait la composante publique de son système de soins de santé en augmentant le nombre des services de santé assurés assujettis à la couverture exclusive de son régime d'assurance-santé. Il y a, toutefois, un article qui revêt une plus grande importance dans ce contexte. Il s'agit de l'article 1110 (Expropriation et indemnisation) dont il sera question un peu plus loin.

L'article 1502(3) de l'ALENA prescrit certaines exigences auxquelles doit répondre une Partie ayant désigné un quelconque monopole. Toutefois, l'article 1502(3) ne vise que les monopoles contrôlés par des intérêts privés et les monopoles du gouvernement fédéral. Les monopoles des gouvernements provinciaux ne sont pas visés par ces exigences. Bien que la *Loi fédérale sur la santé* soit une loi fédérale, elle ne fait que stipuler certaines exigences qui doivent être respectées par les provinces souhaitant recevoir des subventions. Les autorités publiques qui acquittent les frais des services de santé assurés ne sont manifestement pas fédérales. Elles sont provinciales.

Réponses aux questions

Ces dispositions sur les monopoles n'existaient pas à l'époque où fut institué le système de soins de santé public du Canada. Elles ont peu d'effet sur la capacité des gouvernements provinciaux de maintenir en vigueur un système de soins de santé public et n'empêcheraient pas un élargissement de la composante publique du système de soins de santé public. Toutefois, l'article 1110 de l'ALENA (Expropriation et indemnisation) dont il est question un peu plus loin

a un effet important sur la capacité d'élargir la composante publique du système canadien de soins de santé.

Les monopoles dans le cadre de l'AGCS

L'article VIII de l'AGCS précise les exigences que les membres doivent observer concernant leurs fournisseurs de services dans les situations de monopole. Comme ces obligations sont étroitement liées à d'autres obligations de l'AGCS, elles sont décrites ci-après.

Investissement et commerce transfrontières des services – les chapitres 11 et 12 de l'ALENA

Les dispositions des chapitres 11 (Investissement) et 12 (Commerce transfrontières des services) sont manifestement susceptibles d'influer sur la capacité du Canada de maintenir en vigueur un système de soins de santé public. Sans préjudice des réserves énoncées ci-après, les obligations que comportent les chapitres 11 et 12 de l'ALENA s'appliquent aussi bien aux mesures provinciales que fédérales.

Les obligations prévues au chapitre 11 se distinguent de celles du chapitre 12 en ce que les poursuites qu'un investisseur ou un État peuvent intenter, et dont il est question ci-après, ne visent que les violations du chapitre 11 de l'ALENA, et non celles du chapitre 12.

Portée et champ d'application

Le chapitre 11 de l'ALENA porte sur des mesures visant des investisseurs américains et mexicains et les investissements effectués par ces investisseurs au Canada. La définition du mot « investissement » est passablement large et comprend une filiale d'un investisseur américain ou mexicain, ainsi que toute une gamme d'autres intérêts sur des biens.

Le chapitre 12 de l'ALENA porte sur les mesures afférentes au commerce transfrontières des services. La prestation transfrontalière de services désigne la prestation d'un service depuis les États-Unis ou le Mexique au Canada, la prestation d'un service au Canada par un ressortissant canadien ou une entreprise canadienne à une personne résidant aux États-Unis ou au Mexique, ou par un ressortissant américain ou mexicain à une personne résidant au Canada.

Les mesures fédérales ou provinciales visant une société au Canada sous le contrôle d'investisseurs américains et fournissant des services à des consommateurs au Canada sont régies par le chapitre 11 de l'ALENA, et non par le chapitre 12. Les mesures fédérales ou provinciales visant une société aux États-Unis offrant des services depuis les États-Unis à des consommateurs résidant au Canada sont régies par le chapitre 12, et non par le chapitre 11.

Exceptions et Réserves

Les obligations au titre des chapitres 11 et 12 ont une portée générale, mais certaines exceptions visant des secteurs particuliers sont admises. Toutefois, aucune des exceptions sectorielles ne porte sur les questions traitées dans la présente étude[8].

Certaines obligations découlant des chapitres 11 et 12 sont assujetties à deux importants types de réserve. Le premier type concerne une réserve au titre de l'Annexe I de l'ALENA visant les mesures provinciales, réserve qui garantit le maintien en vigueur de toutes ces mesures s'appliquant lors de la prise d'effet de l'ALENA le 1er janvier 1994. Le deuxième type est une réserve sectorielle au titre de l'Annexe II de l'ALENA pour les services sociaux, réserve qui s'applique au domaine de la santé. Il y a d'autres obligations importantes découlant du chapitre 11 qui ne sont assujetties à aucune réserve.

La présente étude portera tout d'abord sur les obligations découlant des chapitres 11 et 12 qui sont assujetties à des réserves, l'effet des réserves étant de soustraire le système de soins de santé du Canada aux obligations en question. On examinera ensuite les obligations qui ne sont pas assujetties à des réserves et auxquelles le système de soins de santé n'échappe pas.

Obligations découlant des chapitres 11 et 12 assujetties à des réserves

Voici les obligations découlant des chapitres 11 et 12 de l'ALENA qui sont assujetties à des réserves :

- Obligations relatives au traitement national découlant des articles 1102 et 1202;
- Obligations relatives au traitement de la nation la plus favorisée découlant des articles 1103 et 1203;
- Prescriptions de résultats découlant de l'article 1106;
- Dirigeants et Conseil d'administration selon l'article 1107;
- Exigences en matière de présence locale découlant de l'article 1205.

De toutes ces obligations, ce sont celles relatives au traitement national découlant des articles 1102 et 1202 qui sont susceptibles d'avoir le plus grand impact sur le système de soins de santé public du Canada.

Obligations relatives au traitement national découlant des articles 1102 et 1202

Articles 1102 et 1202

L'effet conjugué des articles 1102(1) et 1102(2) est d'obliger le gouvernement fédéral et chaque province à accorder aux investissements effectués par des investisseurs américains ou mexicains un traitement non moins favorable que celui qu'ils accordent aux investissements effectués par leurs propres investisseurs, dans des circonstances analogues portant sur l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements. L'article 1202(1) comporte une obligation similaire portant sur les fournisseurs de services transfrontières des États-Unis et du Mexique.

L'article 1102(3) de l'ALENA prévoit une règle spéciale lorsque les articles 1102(1) et 1102(2) s'appliquent à des mesures provinciales. Selon cette règle, une province doit accorder un traitement non moins favorable que le traitement le plus favorable qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs, et aux investissements effectués par les investisseurs, de la Partie (en l'occurrence, le Canada) sur le territoire de laquelle elle est située. L'article 1202(2) énonce une règle semblable concernant les services transfrontières.

L'article 1102(4)(a) de l'ALENA interdit à un gouvernement d'exiger une participation minimale dans une entreprise et l'article 1102(4)(b) interdit à un gouvernement d'obliger un investisseur d'une autre Partie, en raison de sa nationalité, à vendre ou à aliéner d'une autre façon un investissement effectué sur son territoire.

Violations de jure et de facto

Selon la jurisprudence du GATT et de l'OMC, il n'est pas nécessaire qu'une mesure soit exagérément discriminatoire pour déroger à une obligation de non-discrimination. Une mesure peut donner l'impression d'être neutre mais être néanmoins jugée discriminatoire. C'est ce qu'on appelle la discrimination *de facto*. La discrimination *de jure* réfère pour sa part à une situation où une mesure est clairement discriminatoire.

Bien que cette notion soit depuis longtemps reconnue dans le cadre du GATT, des constats de discrimination *de facto* ont été établis au cas par cas, mais sans qu'on parvienne à énoncer des principes généraux pouvant servir à établir si une discrimination *de facto* existe dans une situation particulière. La notion de discrimination *de facto* a été intégrée à la jurisprudence du chapitre 11 mais l'éclairage qu'elle projette est encore moins pénétrant que celui qu'on trouve dans la jurisprudence de l'OMC et du GATT.

Traitement non moins favorable

Les articles 1102 et 1202 visent des situations où des investisseurs américains ou mexicains et leurs investissements, ou des fournisseurs américains ou mexicains de services transfrontières, sont traités différemment et moins favorablement que leurs homologues canadiens. La jurisprudence concernant les dispositions de traitement national figurant dans les autres accords commerciaux, comme le GATT 1947, le GATT 1994 et l'AGCS, considère que l'expression « traitement non moins favorable » implique une « égalité des chances en matière de concurrence ».

La jurisprudence du chapitre 11 de l'ALENA, loin d'avoir élucidé la notion de « traitement non moins favorable », l'a rendue plus complexe. Dans *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada* (*Pope & Talbot*)[9], le tribunal du chapitre 11 a conclu que les articles 1102(1) et 1102 (2) imposaient une obligation de traitement le plus favorable au sein du pays (« best-in-jurisdiction treatment obligation »). Selon cette interprétation, si un quelconque investissement américain est traité moins favorablement qu'un quelconque investissement national, il y a possibilité de violation *de facto*, et ce même si les mesures ne sont pas en apparence discriminatoires (à moins que les circonstances ne soient pas « analogues »). Bien qu'on puisse soutenir que l'arrêt du tribunal *Pope & Talbot* est erroné et qu'il ne lie pas les autres tribunaux, il a donné lieu à un précédent peu constructif.

Dans des circonstances analogues

Comme on l'a mentionné ci-dessus, le traitement le moins favorable doit être accordé « dans des circonstances analogues » pour qu'il y ait violation. La signification de l'expression « dans des circonstances analogues » aux termes des articles 1102 et 1202 est encore incertaine. Dans les causes afférentes au chapitre 11, les investisseurs ont fait valoir que des investissements dans le même secteur commercial sont « dans des circonstances analogues », et ce quelles que soient les autres circonstances. Le tribunal *Pope & Talbot* créé au titre du chapitre 11 a rejeté ce point de vue et a adopté une interprétation plus large des mots « dans des circonstances analogues », puisqu'il a conclu que toute différence de traitement lié à une politique gouvernementale nationale ne reposant pas sur une volonté de discrimination donnait lieu à des circonstances non-analogues. Toutefois, dans *In the Matter of Cross-Border Trucking Services* (*Trucking*

Services)[10], le groupe spécial créé aux termes du chapitre 20 de l'ALENA, après avoir analysé l'article 1202, a proposé une interprétation étroite de « dans des circonstances analogues » et l'a traité comme une exception.

Application au système de soins de santé public du Canada

La principale caractéristique du système de soins de santé public du Canada est que, dans chaque province, une autorité publique acquitte les frais de tous les services de santé assurés qui y sont offerts, de sorte que les assureurs privés sont exclus du marché de l'assurance afférente à ces services. Cette caractéristique ne soulève pas un problème de traitement national. Les assureurs canadiens sont exclus au même titre que les assureurs américains ou mexicains, que ceux-ci offrent leurs services d'assurance par le biais d'une filiale canadienne (qui serait visée par le chapitre 11) ou dans le cadre d'une opération transfrontières (qui serait visée par le chapitre 12 de l'ALENA). L'article 1502(1) de l'ALENA permet aussi bien au gouvernement fédéral qu'aux gouvernements provinciaux d'établir et de maintenir en vigueur des monopoles, et les articles 1102 et 1202 ne peuvent être interprétés d'une manière qui limiterait ou ignorerait ce droit.

Aux termes des articles 1102 ou 1202, le fait que les services de santé assurés doivent être offerts à des taux qui sont fixés par le gouvernement provincial, ou qui empêchent les fournisseurs de ces services de convenir avec les patients du prix des services en question, ne soulève pas de difficultés. Les fournisseurs canadiens sont assujettis aux mêmes contraintes.

Les articles 1102 et 1202 ne soulèvent des difficultés que si le système canadien de soins de santé traite les entreprises canadiennes plus favorablement que les entreprises américaines ou mexicaines. Une mesure ayant pour effet d'empêcher une entreprise américaine ou mexicaine de participer à une activité liée au système de soins de santé, ou de limiter sensiblement sa participation à une telle activité, et qui n'imposerait pas les mêmes contraintes sur leurs homologues canadiens, pourrait contrevenir aux articles 1102 ou 1202. Ce pourrait être le cas de mesures excluant les entreprises commerciales de certains domaines d'activité et n'admettant que la participation de compagnies sans but lucratif. Un propriétaire américain ou une compagnie sans but lucratif pourrait soutenir que le fait de limiter la participation à une activité particulière aux compagnies sans but lucratif a pour conséquence de réserver ladite activité à des Canadiens parce que les compagnies américaines sans but lucratif n'exercent pas d'activité au Canada. Des arguments en sens contraire peuvent être soulevés. Ainsi, on pourrait soutenir qu'entreprises commerciales et compagnies sans but lucratif ne sont pas « dans des circonstances analogues ». Toutefois, le risque d'une violation n'est pas écarté pour autant.

Une province fixant la norme pour les autres provinces

L'assujettissement des provinces aux obligations de traitement national prescrites par l'ALENA soulève une autre question importante, à savoir dans quelle mesure le traitement accordé par une province peut-il constituer une norme de traitement devant s'appliquer aux autres provinces? Imaginons qu'une province ne se conforme pas aux principes de la *Loi canadienne sur la santé* et permet aux assureurs privés, y compris les assureurs américains, d'acquitter les frais des services de santé assurés. En permettant aux assureurs privés d'exercer une activité que les assureurs ne pouvaient exercer auparavant, cette province se trouve-t-elle à

établir une nouvelle norme donnant lieu à une violation de l'article 1102 (puisque les autres provinces ne permettent pas aux assureurs privés de participer à l'activité en question)? La réponse est qu'il n'y aurait pas de violation dans pareil cas. Lorsqu'on examine simultanément les articles 1102(1) et 1102 (2), il est clair que la comparaison des traitements accordés aux assureurs américains et canadiens porte sur le traitement accordé par « cette province » et non sur le traitement accordé par une quelconque autre province. La province ne respectant pas les principes de la *Loi canadienne sur la santé* serait tenue de traiter les assureurs américains non moins favorablement que les assureurs canadiens. Toutefois, le traitement accordé par cette province ne constituerait pas une norme minimale que seraient tenues de respecter les autres provinces

Autres obligations découlant des chapitres 11 et 12 assujetties à des réserves

Obligations de traitement de la nation la plus favorisée découlant des articles 1103 et 1203

Les articles 1103 et 1203 obligent également les Parties à offrir un traitement non moins favorable mais l'obligation vise les investisseurs américains et mexicains et leurs investissements, ou les fournisseurs américains ou mexicains de services transfrontières les uns par rapport aux autres ou par rapport à leurs homologues d'autres pays. Il ne semble y avoir aucune caractéristique du système canadien de soins de santé nécessitant qu'un groupe d'investisseurs étrangers ou leurs investissements, ou un groupe de fournisseurs étrangers de services, soient traités moins favorablement qu'un autre.

La prescription de résultats découlant de l'article 1106

L'article 1106(1) interdit à tout gouvernement d'imposer ou de renforcer certaines prescriptions concernant l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement au Canada effectué par un investisseur américain ou mexicain. Une de ces prescriptions consiste à « acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur son territoire, ou acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire »[11]. Sans préjudice des réserves énoncées ci-dessous, un gouvernement provincial se trouverait à violer l'article 1106 s'il imposait à une société canadienne appartenant à des intérêts américains et offrant des services de santé une prescription visant à lui faire acheter des biens ou des services au Canada. L'article 1106(3) comporte des obligations similaires mais plus étroites au sujet des conditions relatives à l'acceptation d'avantages comme les subventions.

Dirigeants et conseils d'administration selon l'article 1107

L'article 1107 de l'ALENA interdit toute mesure obligeant un investisseur d'une autre Partie à nommer comme dirigeants des personnes d'une nationalité donnée. Cette obligation n'a aucune conséquence sur la capacité du Canada d'assurer le maintien en vigueur de son système de soins de santé public.

La présence locale au titre de l'article 1205

L'article 1205 interdit au gouvernement fédéral et à toute province d'imposer à un fournisseur de services d'établir ou d'avoir sur son territoire un bureau de représentation ou toute autre forme d'entreprise, ou d'y être résident, aux fins de la prestation transfrontières d'un

service. Bien que cette obligation puisse avoir des conséquences sur certaines questions afférentes à la santé, elle n'influe pas sur la capacité du Canada de maintenir son système de soins de santé public.

Réserves des Annexes I et II de l'ALENA

Les obligations découlant des chapitres 11 et 12 de l'ALENA dont il est question dans les paragraphes précédents sont assujetties aux réserves des Annexes I et II.

Réserves de l'Annexe I de l'ALENA

Les articles 1108(1) et 1206(1) permettent à chaque Partie de l'ALENA de soustraire à l'application des articles 1102, 1103, 1106, 1107, 1202, 1203 et 1205 toute mesure non-conforme en vigueur le 1er janvier 1994. L'exemption a été établie en dressant la liste des mesures de chaque Partie à l'Annexe I de l'ALENA. Les listes des États fédéraux des Parties de l'ALENA ont été préparées avant que l'ALENA ne prenne effet. Le gouvernement canadien n'a pas inclus la *Loi canadienne sur la santé* mais celle-ci n'est pas « non-conforme ».

Les provinces ont pu inscrire des mesures non-conformes sur les listes jusqu'au 1er janvier 1996. Alors que les listes étaient en voie de préparation et faisaient l'objet d'échanges, les provinces ont été autorisées à demander que la réserve s'applique à toutes les mesures non-conformes en vigueur au 1er janvier 1994. C'est pourquoi, toute mesure d'une quelconque province influant sur le système canadien de soins de santé qui était en vigueur le 1er janvier 1994 est soustraite aux obligations mentionnées ci-dessus.

L'exemption s'applique à tout renouvellement de ces mesures et aux modifications qui y sont apportées et qui n'augmentent pas leur degré de non-conformité. Toutefois, une mesure non-conforme qui est abolie ne peut être rétablie par la suite, et si son degré de non-conformité est diminué, il ne peut pas être accru par après.

La réserve de l'Annexe I constitue un refuge qui protège toutes les mesures provinciales mettant en œuvre le système canadien de soins de santé qui étaient en vigueur au 1er janvier 1994 et qui ne sont pas conformes aux dispositions de l'ALENA mentionnées ci-dessus. Toutefois, ce refuge protecteur est statique. Bien que les modifications des mesures qui n'augmentent pas leur degré de non-conformité soient protégées par la clause de maintien en vigueur, il y a toujours matière à discussion concernant l'effet d'une modification. À mesure que les années passent et qu'évoluent les lois et la nature du système, le refuge offert par l'Annexe I devient moins sûr.

Réserves de l'Annexe II

Les articles 1108(3) et 1206(3) de l'ALENA ont permis à chaque Partie signataire de soustraire certains secteurs à l'application des articles précédents de l'ALENA en faisant figurer les secteurs en question sur sa Liste de l'Annexe II de l'ALENA. À la différence des réserves de l'Annexe I, qui n'admettent pas de modifications futures ayant pour effet d'augmenter le degré de non-conformité, les réserves de l'Annexe II ont un caractère absolu. Tant et aussi longtemps qu'une nouvelle mesure est protégée par la réserve, son degré de non-conformité par rapport à ces articles de l'ALENA peut être accru.

Le Canada a inscrit la réserve suivante concernant les services sociaux :

> « Le Canada se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure concernant les services d'application du droit public et les services correctionnels, ainsi que les services suivants dans la mesure où ils constituent des services sociaux établis ou maintenus à des fins d'intérêt public : sécurité ou garantie des revenus, sécurité ou assurance sociale, bien-être social, éducation publique, formation publique, santé et garde d'enfants. »

Les États-Unis et le Mexique ont adopté des réserves similaires. Les Parties signataires de l'ALENA acceptent que les réserves de l'Annexe II s'appliquent aussi bien aux mesures étatiques et provinciales que fédérales.

Bien que la réserve visant les services sociaux n'ait pas été soumise à l'épreuve des tribunaux, sa formulation simple est suffisamment large pour couvrir la composante purement publique du système de soins de santé dans chaque province, à savoir l'acquittement des frais des services de santé assurés par une autorité publique provinciale. Bien que les services assurés soient appelés services de santé « assurés », il n'en reste pas moins que leurs frais sont acquittés directement par le gouvernement provincial ou remboursés directement au consommateur de services. Les services de santé sont des « services sociaux » et la « fin d'intérêt public » consiste à accorder un accès universel aux soins de santé. La réserve de l'Annexe II peut s'appliquer aux services de santé offerts uniquement par des organismes à but non lucratif, mais on ne peut prendre pour acquis qu'elle s'appliquerait à des services de santé offerts par des entités commerciales ou par un ensemble composé à la fois d'entreprises commerciales et d'organismes à but non lucratif[12].

Réponses aux questions –
Obligations découlant des chapitres 11 et 12 assujetties à des réserves

Aucune des obligations dont il est question ci-dessus n'existait à l'époque où le système de soins de santé public du Canada a été institué. Les mesures tant provinciales que fédérales sont assujetties à toutes ces obligations. Compte tenu de la méthode de règlement des différends opposant investisseurs et États qui est décrite ci-après, et dont peuvent se prévaloir les investisseurs américains et mexicains, les obligations du chapitre 11 sont susceptibles d'avoir un impact plus important que celles du chapitre 12.

Bien qu'elles ne modifient pas les principales caractéristiques du système de soins de santé public du Canada, les normes de non-discrimination liées aux obligations de traitement national sont susceptibles d'avoir un effet sur toute modalité du système qui traite les entreprises américaines ou mexicaines moins favorablement que leurs homologues canadiens. Les autres obligations de l'ALENA mentionnées ci-dessus sont moins susceptibles d'avoir un effet quelconque.

L'effet que les diverses obligations dont il est question ci-dessus pourrait avoir est sensiblement réduit par les réserves des Annexes I et II. Les réserves de l'Annexe I procurent une protection réelle mais celle-ci diminuera à mesure qu'évoluera le système au fil des ans. La protection complète que la réserve de l'Annexe II procure contre l'effet de ces mesures s'applique à la composante purement publique du système canadien de soins de santé.

Obligations découlant des chapitres 11 et 12 non assujetties à des réserves

Les obligations découlant des chapitres 11 et 12 de l'ALENA qui ne sont pas assujetties à des réserves sont les suivantes :

- Expropriation et indemnisation aux termes de l'article 1110
- Norme minimale de traitement aux termes de l'article 1105
- Transferts aux termes de l'article 1109
- Autorisation d'exercer et reconnaissance professionnelle aux termes de l'article 1210

Parmi les obligations qui précèdent, celles sur l'expropriation et l'indemnisation découlant de l'article 1110 sont beaucoup plus importantes que les autres.

Expropriation et indemnisation aux termes de l'article 1110

Article 1110

L'article 1110(1) de l'ALENA dispose que :

> « Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement (« expropriation »), sauf :
>
> (a) Pur une raison d'intérêt public;
> (b) Sur une base non discriminatoire;
> (c) En conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105(1); et
> (d) Moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6 ».

Les paragraphes 2 à 6 établissent les règles concernant le calcul de l'indemnité.

L'article 1110 de l'ALENA et l'expropriation dans le cadre du droit international

L'article 1110 a pour effet de codifier la norme juridique internationale en matière d'expropriation. Le droit coutumier international oblige les États à indemniser les étrangers dont les biens sont expropriés. Plusieurs tribunaux créés en vertu du chapitre 11 de l'ALENA ont conclu que la notion d'expropriation dont il est question à l'article 1110 n'a pas une portée plus grande que celle utilisée en droit international. Le mot « équivalant » ne fait que transposer dans le cadre de l'ALENA l'idée d'expropriation larvée qui est reconnue en droit international et qui vise une situation où un État, tout en se gardant de s'approprier officiellement un bien, prend des mesures qui aboutissent au même résultat.

Ceci étant dit, l'article 1110 n'est pas sans soulever des difficultés. Le droit interne des États-Unis et du Canada admet que diverses mesures prises par l'État peuvent avoir un effet préjudiciable sur le droit de propriété, mais ne doivent pas pour autant être considérées comme ouvrant droit à une indemnité. Le pouvoir de réglementer sans devoir indemniser est parfois

associé au « pouvoir de veiller au respect de l'ordre public ». Il s'agit d'un pouvoir reconnu en droit international. Toutefois, à la différence du droit américain et du droit canadien, où l'on trouve une importante jurisprudence concernant ce pouvoir, la notion de « pouvoir de veiller au respect de l'ordre public » est peu développée en droit international parce que la jurisprudence internationale, comme celle liée au Tribunal des revendications américano-iraniennes, porte sur des cas d'expropriation afférents à des circonstances où, comme lors de révolutions, la réglementation de l'intérêt public n'est pas en cause.

Les tribunaux internationaux et le tribunal créé en vertu du chapitre 11 de l'ALENA pour la cause *Metalclad Corp. v. The United Mexican States*[13] ont conclu qu'une ingérence grave dans les intérêts commerciaux est une forme d'expropriation. Dans l'affaire *Metalclad*, l'ingérence a eu pour effet de réduire la valeur de l'investissement à presque rien. Malheureusement, la mesure visée dans cette cause était un décret écologique qui avait pour effet d'associer injustement les activités de *Metalclad* à un accroc à la réglementation environnementale.

Il pourrait y avoir ingérence grave dans le domaine des soins de santé au Canada si la composante publique du système était élargie de manière à accroître le champ d'activité dont sont exclues les entreprises privées. Imaginons, par exemple, que l'on décide de considérer comme « services de santé assurables », non pas uniquement les services dentaires offerts dans les hôpitaux, mais tous les services dentaires. La décision aurait pour conséquence que les assureurs offrant une protection contre les frais dentaires seraient obligés d'abandonner cette activité. Même si la décision était prise pour atteindre une fin d'intérêt public, soit veiller à ce qu'il y ait accessibilité accrue pour les personnes ne pouvant acquitter les frais d'une assurance dentaire ou les frais de soins dentaires, il y a tout lieu de croire qu'un tribunal créé en vertu du chapitre 11 de l'ALENA conclurait à l'expropriation et exigerait le versement d'une indemnité. La même chose se produirait dans le cas des autres services de santé comme les soins à domicile.

L'article 1110 n'interdit pas les expropriations. Un gouvernement provincial peut procéder à une expropriation pourvu que celle-ci vise une fin d'intérêt public (il en serait bien ainsi si on élargissait la composante publique du système de soins de santé), revête un caractère non-discriminatoire (ce qui serait le cas, puisque *tous* les assureurs privés seraient exclus), soit en conformité avec l'application régulière de la loi et l'article 1105 (ce qui empêcherait l'imposition de restrictions juridiques aux droits à des recours judiciaires), *et* donne lieu à une indemnisation. Le fait que l'article 1110, loin d'interdire l'expropriation, ne fait que l'assujettir à des conditions signifie que l'article 1110 n'empêche pas la désignation d'un monopole. Cela a une conséquence négative puisque l'article 1110 ne peut être considéré comme incompatible avec l'article 1502(1). Toutefois, l'article 1110 peut rendre la désignation d'un monopole beaucoup plus coûteuse si les entreprises privées ne pouvant plus exercer des activités qu'elles exerçaient antérieurement doivent être indemnisées.

Autres obligations découlant des chapitres 11 et 12 non assujetties à des réserves

Norme minimale de traitement aux termes de l'article 1105

L'article 1105(1) est intitulé **Norme minimale de traitement** et se lit comme suit :

> « Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales. »

Cette disposition de l'ALENA a soulevé de nombreuses difficultés d'interprétation. Le 31 juillet 2001, la Commission du libre-échange de l'ALENA (Commission de l'ALENA) a adopté une interprétation convenue établissant que l'article 1105 exige l'application de la norme minimale de traitement prévue en droit international et que les allusions au « traitement juste et équitable » et à « une protection et une sécurité intégrales » n'ajoutent rien à cette norme. L'article 1131(2) de l'ALENA stipule que les interprétations convenues lient les tribunaux créés en vertu du chapitre 11[14].

La norme minimale de traitement prévue en droit international est une notion vague. Toutefois, l'article 1105(1) n'est pas susceptible d'influer sur la structure actuelle du système canadien de soins de santé. Il pourrait y avoir transgression de l'article 1105(1) si on décidait d'élargir la composante publique du système, par exemple en instituant un programme national obligatoire de soins à domicile, et si on ne reconnaissait pas expressément aux entreprises privées concernées le droit de prendre des recours par le biais d'une clause privative. Un refus d'accès aux tribunaux pourrait être interprété comme un déni de justice, lequel pourrait être interprété comme une violation de la norme minimale en droit international.

Transferts aux termes de l'article 1109

L'article 1109 interdit les restrictions au rapatriement des profits, des dividendes et de divers autres paiements. Il n'influe aucunement sur la capacité du Canada de maintenir en vigueur son système de soins de santé public.

Autorisation d'exercer et reconnaissance professionnelle aux termes de l'article 1210

L'article 1210 précise certaines conditions concernant l'autorisation d'exercer de ressortissants des autres pays signataires de l'ALENA. Bien que les fournisseurs de services professionnels dont il est question à l'article 1210 comprennent les professionnels de la santé, l'article 1210 n'influe pas sur la capacité du Canada d'assurer le maintien en vigueur de son système de soins de santé public.

Réponses aux questions –
Obligations découlant des chapitres 11 et 12 non assujetties aux réserves

Les obligations découlant des articles 1110 et 1105 ont pour effet de codifier les normes de droit international existant à l'époque où le système de soins de santé public du Canada a été institué. Toutefois, elles ont un impact beaucoup plus important aujourd'hui en raison de la procédure investisseur/État de l'ALENA décrite ci-après. En droit international, un investisseur

dont un bien dans un autre pays a été exproprié serait tenu de convaincre son gouvernement d'entamer des poursuites à la Cour internationale de justice. Les poursuites pourraient s'étendre sur de nombreuses années et ne donneraient pas nécessairement lieu au versement d'une indemnisation à l'investisseur. Dans le cadre de l'ALENA, un investisseur dont le bien dans un autre pays signataire de l'ALENA est exproprié peut, en vertu du chapitre 11, entamer des poursuites contre le gouvernement fédéral du pays où a eu lieu l'expropriation et recevoir une indemnité, et ce sans la permission ou la participation de son propre gouvernement.

Les obligations découlant des articles 1109 et 1210 n'existaient pas à l'époque où le système de soins de santé public du Canada a été institué mais n'influent pas sur son fonctionnement.

Les obligations découlant des articles 1110, 1105, 1109 et 1210 s'appliquent aux mesures tant provinciales que fédérales.

L'article 1110 ne devrait avoir aucun effet sur la forme actuelle du système de soins de santé public du Canada mais il aurait des conséquences importantes si la composante publique du système était élargie de manière à porter préjudice aux activités des entreprises privées. L'article 1110 n'empêche pas l'élargissement du système mais pourrait le rendre très coûteux.

De même, l'article 1105 ne devrait avoir aucun effet sur la forme actuelle du système des soins de santé public du Canada. Toutefois, l'article 1105 influerait sur tout élargissement de la composante publique du système où l'on ne reconnaîtrait pas aux entreprises privées le droit de recourir aux tribunaux.

L'AGCS et le commerce des services

L'AGCS s'applique aux mesures des membres qui visent le commerce des services.

Services offerts dans l'exercice du pouvoir gouvernemental

La définition de « services » dans l'AGCS est passablement large et comprend tout service dans tout secteur, sauf les services offerts dans l'exercice du pouvoir gouvernemental. L'article I:3(c) de l'AGCS dispose qu'un « service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » s'entend de « tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services ». Cette définition s'applique à la composante purement publique du système canadien de soins de santé, c'est-à-dire à l'acquittement des frais afférents aux « services de santé assurés » dans le cadre d'un régime provincial d'assurance-santé. Dans le cadre de chaque régime provincial, le gouvernement agit à titre d'assureur mais de tels services d' « assurance » ne sont pas offerts sur une base commerciale puisque aucune prime n'est prélevée et, même lorsqu'il y a des primes, leurs valeurs n'ont aucun rapport avec le risque. Le gouvernement n'est pas en concurrence avec les assureurs privés, ceux-ci étant, de facto ou de jure, exclus de ce marché. La mesure dans laquelle le champ que prescrit l'AGCS pour les « services offerts dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » outrepasse la situation où un gouvernement offre lui-même les services est sujette à caution. Par exemple, c'est à juste titre que Sinclair et Grieshaber-Otto (2002, page 20) s'interrogent sur la façon dont ce champ pourrait s'appliquer dans des situations où les services seraient fournis tout à la fois par des organismes gouvernementaux, des sociétés à but non lucratif et des entreprises commerciales[15].

Modes d'approvisionnement

Si on prend comme exemple le cas des États-Unis et d'un fournisseur américain de services, l'AGCS s'applique aux services offerts au Canada par le fournisseur américain à partir des États-Unis, aux services offerts aux États-Unis par le fournisseur américain à un consommateur canadien de services, aux services offerts par le fournisseur américain par le biais d'une présence commerciale (une filiale, par exemple) au Canada, et aux services offerts par le fournisseur américain par le biais de la présence d'un ressortissant américain au Canada. La portée de l'AGCS est plus large que celle du chapitre 12 de l'ALENA puisqu'elle inclut l'offre de services par une filiale au Canada du fournisseur américain de services, ainsi que par la fourniture transfrontières de services au Canada. Toutefois, le chapitre 11 de l'ALENA s'appliquerait à cette situation.

Obligations importantes de l'AGCS

Liste d'engagements

Chaque membre de l'AGCS, y compris le Canada, a dressé une Liste d'engagements où figurent les secteurs de services à l'égard desquels il était disposé à prendre des engagements. Chaque liste mentionne le secteur et énumère les restrictions concernant l'accès au marché et le traitement national que le membre souhaite retenir quant à ce secteur. Le Canada a inclus dans sa liste les secteurs des « services d'assurance-vie, d'assurance-accidents et d'assurance-<u>santé</u> » (c'est l'auteur qui souligne)[16]. La liste canadienne comporte certaines restrictions concernant l'accès au marché et le traitement national quant à ce secteur mais les restrictions ne visent pas

les régimes provinciaux d'assurance-santé. Le Canada n'a pas inclus dans sa liste d'autres services afférents aux soins de santé[17]. Certains observateurs ont fait valoir que les services de soutien hospitaliers comme les services d'alimentation, de blanchissage ou d'entretien pourraient être visés par les obligations découlant de l'AGCS. Toutefois, l'inclusion de tels services ne devrait avoir à peu près aucun effet sur la capacité du Canada d'assurer le maintien en vigueur de son système de soins de santé public.

Accès au marché et traitement national

L'article XVI de l'AGCS oblige chaque membre à accorder aux fournisseurs de services des autres membres, par le biais des modes d'approvisionnement décrits ci-dessus, un traitement non moins favorable que celui décrit dans sa Liste d'engagements. L'article XVI interdit en outre (à moins d'indication contraire dans la Liste) certaines restrictions, comme les restrictions concernant le nombre de fournisseurs de services, la valeur des services, les activités des services, le nombre de personnes physiques embauchées, la forme de l'entité juridique ou la participation du capital étranger. Toutefois, ces interdictions n'incluent pas les contrôles de prix ou les tarifs ou frais de services fixés par les gouvernements, comme ceux qui sont prévus dans le cadre de la *Loi canadienne sur la santé* pour les services de santé assurés.

Sous réserve des restrictions figurant dans la Liste des engagements, l'article XVII de l'AGCS stipule que, pour chaque secteur mentionné dans la Liste des engagements d'un membre, celui-ci doit accorder aux services et fournisseurs de services de tout autre membre un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres services et fournisseurs de services comparables quant aux mesures influant sur l'offre de services. Ceci implique qu'une filiale canadienne d'une compagnie d'assurance américaine fournissant une couverture d'assurance-santé devrait être traitée de manière non moins favorable que le serait une compagnie d'assurance canadienne.

Traitement de la nation la plus favorisée

Pour ce qui est des mesures visées par l'AGCS, l'article II de l'AGCS oblige chaque membre à accorder immédiatement et inconditionnellement aux services et fournisseurs de services de tout autre membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à des services et fournisseurs de services semblables de tout autre pays. Les membres ont été autorisés à déposer des listes de services exemptés mais aucune des exemptions figurant dans les listes canadiennes ne s'applique aux soins de santé.

Comme les obligations de la nation la plus favorisée découlant des articles 1103 et 1203 de l'ALENA, cette obligation a un effet minimal sur le système de soins de santé public du Canada puisque les mesures essentielles à son maintien ne dépendent pas de l'octroi d'un traitement plus favorable aux services et aux fournisseurs de services d'un pays par rapport à ceux d'un autre.

Monopoles

L'AGCS permet la création de monopoles puisque l'article VIII:1 de cet accord oblige chaque membre à faire en sorte qu'un fournisseur monopolistique d'un service agisse conformément aux obligations de l'article II et des engagements particuliers qui s'y trouvent. En outre, l'article VIII:2 de l'AGCS stipule qu'un membre doit veiller à ce qu'un fournisseur

monopolistique n'abuse pas de sa situation non-monopolistique dans les services hors du champ d'application du monopole qui font l'objet d'engagements précis. Un régime provincial d'assurance-santé ne pourrait pas exercer une concurrence déloyale à l'égard d'assureurs privés étrangers dans le marché de l'assurance-santé pour des services hors du champ des « services de santé assurés ». Cette disposition de l'AGCS ne devrait pas soulever de difficultés car les régimes provinciaux d'assurance-santé (qui acquittent les frais des services de santé assurés mais pas ceux de services non-assurés) ne font pas concurrence aux assureurs privés de soins médicaux, ceux-ci intervenant dans des marchés différents.

Le Canada pourrait accroître les droits de caractère monopolistique des régimes provinciaux d'assurance en élargissant la gamme des services de santé pour y inclure des services comme les soins à domicile. Toutefois, comme le Canada a pris un engagement précis en matière d'assurance-santé, le gouvernement canadien serait obligé de négocier un arrangement compensatoire avec tout autre membre subissant un préjudice. L'arrangement compensatoire prendrait la forme d'engagements visant à libéraliser l'accès dans d'autres services et ne devrait *pas* être associé à une indemnité comme celle exigée aux termes de l'article 1110(1) de l'ALENA dans un cas d'expropriation. Le coût d'une telle démarche dépendrait des pertes de marché subies par les entités du secteur privé en raison de l'expansion du monopole. S'il n'y a aucune entité semblable possédant de véritables intérêts économiques, la question d'un arrangement compensatoire ne se poserait que de manière théorique.

Réponses aux questions

L'AGCS est un nouvel accord qui est entré en vigueur le 1er janvier 1995 et qui, par conséquent, n'existait pas lorsque le régime de soins de santé public du Canada a été institué. Y sont assujetties les mesures tant provinciales que fédérales.

Le fait que les « services offerts dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » sont exclus des services visés par l'AGCS est important car une telle exclusion s'applique aux activités des régimes provinciaux d'assurance-santé concernant l'acquittement des frais des « services de santé assurés ». L'incidence de l'AGCS est également atténuée par le fait que l'AGCS autorise le monopole de fournisseur de services. Tant et aussi longtemps que les régimes d'assurance-santé sont liés à « l'exercice du pouvoir gouvernemental » et ne sont donc pas exclus, les régimes provinciaux, tout en étant assujettis aux obligations concernant les monopoles, sont autorisés. Il est peu probable qu'un régime provincial de soins de santé aurait avantage à se prêter au jeu de la concurrence, que celle-ci soit loyale ou déloyale, dans le marché privé de l'assurance.

Les dispositions sur l'accès aux marchés et le traitement national créent des obligations au titre de tout service de santé pour lequel le Canada prend des engagements. Jusqu'à ce jour, les engagements concernant la prestation directe de services de santé (qu'il faut distinguer de l'assurance-santé) sont peu importants ou inexistants. Comme cette situation pourrait changer lors des cycles de négociations à venir, le Canada devrait jauger soigneusement l'incidence sur le système de soins de santé de tout engagement futur qu'il pourrait prendre concernant la prestation de soins de santé.

Autres dispositions des accords de libéralisation du commerce susceptibles d'influer sur le système de soins de santé

Comme on l'a mentionné ci-dessus, il y d'autres dispositions des accords de libéralisation du commerce qui pourraient avoir une incidence sur le système des soins de santé.

Propriété intellectuelle

Obligations réelles

L'Accord sur les ADPIC et l'article 17 de l'ALENA comportent d'importantes obligations concernant les droits de propriété intellectuelle, brevets compris. L'Accord sur les ADPIC prévoit une période de protection minimale de 20 ans à compter de la date du dépôt d'une demande de brevet. Les détenteurs de brevet doivent être en mesure d'empêcher une tierce partie de fabriquer, d'utiliser, d'offrir en vue de vendre, de vendre ou d'importer un produit breveté pendant la période de protection. La concession obligatoire de licences, bien que permise dans des circonstances particulières, est assujettie à d'importantes restrictions.

Des dispositions prévoyant des dérogations limitées offrent un élément de souplesse. Dans la cause *Canada – Patent Protection for Pharmaceutical Products*[18], un groupe spécial de l'OMC a reconnu la validité d'une disposition de la loi canadienne sur les brevets contestée par les États-Unis et permettant aux producteurs de médicaments génériques de fabriquer des médicaments brevetés afin de procéder à des essais de la version générique avant l'expiration d'un brevet. Il s'agit d'une disposition revêtant une importance capitale pour le secteur canadien des médicaments génériques[19].

Réponses aux questions

Les obligations en matière de propriété intellectuelle contractées dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et du chapitre 17 de l'ALENA n'existaient pas à l'époque où le système de soins de santé public du Canada a été institué. Pour ce qui est des brevets, les accords relatifs à la propriété intellectuelle alors en vigueur, comme la *Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle*[20], ne créaient pas de lourdes obligations comme celles que l'on trouve dans l'Accord sur les ADPIC et le chapitre 17 de l'ALENA.

La question de l'assujettissement des gouvernements provinciaux ne se pose pas puisque les questions traitées dans l'Accord sur les ADPIC et le chapitre 17 de l'ALENA, à la différence de celles relatives au système de soins de santé, relèvent de la compétence exclusive du gouvernement fédéral.

L'Accord sur les ADPIC et le chapitre 17 de l'ALENA n'ont aucune incidence immédiate sur la capacité du Canada d'assurer le maintien en vigueur du système de soins de santé public. Toutefois, les obligations créées par ces accords ont un effet indirect dans la mesure où les prix des médicaments sont influencés par des brevets accordés aux producteurs de médicaments brevetés et par les restrictions s'appliquant à la concession obligatoire de licences.

Subventions

Dispositions réelles

Le GATT 1994 et *l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ASMC)*[21] comportent des règles concernant l'octroi de subventions et autorisent les membres à imposer des droits compensateurs destinés à contrebalancer l'effet des importations subventionnées qui causent un préjudice important aux industries nationales. Le système canadien de soins de santé procure un avantage important aux entreprises situées au Canada dont les employés sont syndiqués (par exemple, les monteurs de véhicule automobile) car ces entreprises ne sont pas obligées d'offrir des prestations de maladie comme celles prévues dans le cadre des conventions collectives signées par leurs homologues aux États-Unis. Si les soins de santé offerts dans le cadre du système public constituent une « subvention » aux termes de l'ASMC, ils sont manifestement disponibles à peu près partout et ne revêtent pas le caractère « spécifique » dont il est question dans l'ASMC. Les droits compensateurs ne peuvent être prélevés que dans le cas de subventions qui, selon les dispositions de l'ASMC, sont de nature « spécifique ». En outre, les subventions qui ne sont pas de cette nature sont considérées comme « ne pouvant donner lieu à une action » en vertu de l'ASMC et ne sont assujetties à aucune des procédures susceptibles d'être entamées pour contrer l'effet de subventions « propres à faire l'objet de poursuites ».

Les subventions à l'exportation et les subventions qui sont liées à l'utilisation de produits nationaux (par opposition aux produits importés) sont prohibées aux termes de l'ASMC. Bien que l'interdiction visant les subventions à l'exportation ne s'applique pas au système de soins de santé public du Canada, toute mesure gouvernementale découlant du système de soins de santé qui aurait pour effet de favoriser les produits locaux par rapport aux produits importés serait considérée comme une subvention prohibée aux termes de l'ASMC.

Réponse aux questions

Bien que les dispositions du GATT 1994 concernant les droits compensateurs aient été en vigueur lors de l'établissement du système canadien de soins de santé, l'ASMC n'a été adopté qu'en 1995 et a remplacé le code sur les subventions négocié dans le cadre du cycle de Tokyo. L'ASMC a un effet positif sur le système de soins de santé public puisqu'il comporte une définition de « subvention » et précise les circonstances où des subventions sont susceptibles de faire l'objet de poursuites, soit par le biais du prélèvement de droits compensateurs, soit par le recours à la procédure de règlement des différends. Il est entendu que si le système de soins de santé du Canada devait être un jour considéré comme une subvention, il ne pourrait pas faire l'objet de poursuites puisqu'il s'agirait d'une subvention de nature non-spécifique. Aucune mesure adoptée dans le cadre du système canadien des soins de santé n'est susceptible de transgresser les dispositions de l'ASMC concernant les subventions prohibées.

Dispositions des accords commerciaux ayant des effets minimaux

Les accords de libéralisation du commerce comprennent de nombreuses autres dispositions qui ne sont pas abordées dans les paragraphes qui précèdent mais celles-ci n'auraient vraisemblablement aucun effet sensible sur la capacité du Canada de maintenir en vigueur son système de soins de santé public.

Commerce des marchandises

Du GATT 1994 découlent des obligations concernant le commerce des marchandises, notamment les obligations de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, et les obligations visant les consolidations tarifaires et les prohibitions relatives aux contingents et aux autres formes de restrictions à l'importation et à l'exportation. Les obligations découlant du GATT 1994 sont assujetties à certaines exceptions, y compris les exceptions afférentes aux questions de santé et de conservation ayant fait l'objet d'une importante jurisprudence et donnant lieu à des opinions contradictoires.

En plus d'imposer des obligations concernant le commerce des marchandises, le chapitre 3 de l'ALENA exige l'élimination des tarifs et le respect de certaines autres obligations. Toutefois, les obligations dont il est question dans ce chapitre reposent surtout sur des dispositions intégrées au GATT 1994, y compris les exceptions du GATT 1994. Le chapitre 3 de l'ALENA impose certaines conditions à l'adoption de restrictions à l'exportation qui s'ajoutent aux exigences du GATT 1994.

Le GATT 1994 reprend les obligations du GATT 1947 et celles-ci existaient lorsque fut institué le système de soins de santé public du Canada. Dans la mesure où elles ne reprennent pas des dispositions du GATT, les dispositions de l'ALENA concernant le commerce des marchandises n'existaient pas à l'époque où le Canada a mis sur pied son système de soins de santé. Les deux ensembles d'obligations s'appliquent aux mesures tant fédérales que provinciales. Bien que les dispositions du GATT 1994 et de l'ALENA concernant le commerce des marchandises puissent influer sur les questions de santé, comme la capacité de protéger la santé ou l'environnement par le biais de restrictions commerciales, ces obligations n'ont à peu près aucun impact sur la capacité du Canada d'assurer le maintien en vigueur de son système de soins de santé public.

Normes

Le chapitre 9 de l'ALENA comporte des obligations qui influent sur l'établissement de normes visant les biens et les services, et de la Section B du chapitre 7 de l'ALENA découle des obligations concernant les mesures sanitaires et phytosanitaires. Ces dispositions ont leur contrepartie dans l'Accord de l'OMC. L'*Accord sur les obstacles techniques au commerce (AOTC)* [22] comporte des obligations sur les règles techniques, les normes et les procédures d'évaluation de la conformité. De *L'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* (AAMSP)[23] découle des obligations concernant les mesures sanitaires et phytosanitaires semblables à celles du chapitre 7 de l'ALENA.

Les mesures sanitaires et phytosanitaires comprennent diverses mesures comme celles portant sur les contaminants dans les produits alimentaires et les aliments pour animaux, lesquels

ont un effet sur la santé humaine. L'AAMSP et le chapitre 7 de l'ALENA exigent que les mesures aient un fondement scientifique et que leur incidence sur le commerce soit la plus restrictive possible. Cette dernière exigence inquiète beaucoup les organismes non-gouvernementaux (ONG) qui s'intéressent aux questions comme les aliments génétiquement modifiés.

L'AAMSP, l'AOTC et les obligations de l'ALENA concernant les normes sont entrées en vigueur après l'établissement du système de soins de santé public du Canada. Un accord plus ancien sur les obstacles techniques au commerce a été conclu dans le cadre du cycle de Tokyo, mais le système de soins de santé public du Canada avait été presque entièrement mis en place avant son entrée en vigueur.

Le chapitre 9 de l'ALENA ne comporte qu'une clause d'effort maximal pour ce qui est de l'observation des règles par les gouvernements provinciaux. Toutefois, à quelques exceptions près, la Section B du chapitre 7 de l'ALENA est assujettie à la disposition de l'article 105 de l'ALENA concernant l'observation de l'accord par les gouvernements provinciaux. Presque toutes les mesures des gouvernements régionaux (c'est-à-dire provinciaux) ainsi que les mesures des gouvernements nationaux sont assujetties à l'AAMSP et à l'AOTC.

Les obligations relatives aux normes que l'on trouve dans ces accords ont manifestement un effet sur les questions afférentes à la santé, comme les mesures sur les contaminants dans les produits alimentaires, ou les mesures interdisant les marchandises dangereuses ou réglementant étroitement leur usage.

Marchés publics

De l'*Accord sur les marchés publics* (AMP)[24] et du chapitre 10 de l'ALENA découlent certaines obligations concernant les marchés publics passés par les ministères et les entités du gouvernement fédéral. Aucune obligation ne s'applique à l'échelon provincial. Les obligations s'appliquant à l'échelon fédéral n'ont aucun effet sur la capacité du Canada d'assurer le maintien en vigueur de son système de santé public. Le Canada était assujetti à un accord plus ancien et plus limité sur les marchés publics conclu dans le cadre du cycle de Tokyo, mais son système de soins de santé public était presque complètement établi lors de son entrée en vigueur.

Si l'acquittement par les gouvernements provinciaux des frais des services assurés était un jour considéré comme un « marché public », cet aspect fondamental du système de soins de santé public du Canada ne serait assujetti ni à l'AMP, ni aux obligations de l'ALENA, et serait soustrait du champ d'application de certaines dispositions des chapitres 11 et 12 de l'ALENA. Toutefois, les marchés publics destinés à ces fins seraient vraisemblablement considérés comme des marchés destinés à obtenir des biens devant être consommés par le gouvernement. Bien que les frais des services assurés soient acquittés par les gouvernements provinciaux, ils sont consommés par les patients.

Règlement des différends

L'incidence des accords de libéralisation du commerce sur la capacité du Canada d'assurer le maintien en vigueur du système de soins de santé public est influencée par la méthode de règlement des différends prévue dans ces accords puisque les procédures de règlement de différends prévues dans un accord commercial déterminent la façon de contester des mesures non-conformes. Plus les procédures sont effectives, plus l'effet qu'une contestation peut avoir sera important.

Accord de l'OMC

Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (MARD)

Les différends relatifs à l'Accord de l'OMC sont réglés en vertu de la procédure de règlement des différends décrite dans le *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (MARD) [25]. Il s'agit uniquement d'une procédure d'État à État. Le pays membre plaignant et le pays membre visé par la plainte sont les principales parties intervenant dans la procédure. Les autres pays membres ont des droits limités à titre de tierce partie. Aucune autre entité (que celle-ci soit un gouvernement provincial, un organisme non-gouvernemental ou une entreprise privée) ne peut officiellement intervenir dans la procédure. Les différends sont soumis à des groupes spéciaux ad hoc composés de trois personnes choisies par le Directeur général de l'OMC après consultation des parties concernées. Les décisions des groupes spéciaux peuvent faire l'objet d'un appel auprès de l'Organe d'appel. Les décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont adoptées par l'Organe de règlement des différends (ORD) établi aux termes du MARD. À la différence de ce qui était prévu dans le cadre du GATT 1947, le pays membre dont les mesures ont été jugées incompatibles avec les obligations de l'OMC ne peut empêcher l'adoption du rapport. Une fois le rapport adopté, le pays membre dont les mesures ont été jugées incompatibles avec les obligations de l'OMC dispose d'une « période de temps raisonnable » pour s'y conformer, celle-ci pouvant être fixée par arbitrage. Dans certains cas limités, le MARD permet à un pays membre de verser une indemnité au lieu de se conformer aux obligations de l'OMC. Le MARD décrit la procédure visant à déterminer si un membre s'est conformé aux exigences fixées par l'ORD. Si un membre ne s'y conforme pas, la partie plaignante peut prendre des mesures de représailles en retirant des concessions accordées dans le cadre de l'OMC, mais elle doit le faire conformément à la procédure prévue dans le MARD. L'effet pratique du MARD est que le membre dont les mesures ont été jugées incompatibles avec les obligations de l'OMC a la possibilité d'accepter des mesures de représailles plutôt que de se conformer à la décision.

Interprétation

Les accords de l'OMC sont interprétés conformément aux règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT). La principale règle d'interprétation se trouve à l'article 31 qui dispose que « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».
La démarche adoptée par l'Organe d'appel est fondée sur le texte, de sorte que contexte, objet et but sont généralement utilisés pour appuyer une interprétation reposant sur le texte, plutôt que d'être invoqués comme motif pour ignorer le texte ou pour y déceler une signification improbable. L'Organe d'appel appuie généralement des solutions fondées sur le marché mais

s'est aussi montré bien disposé à l'égard de la capacité des membres d'adopter certaines mesures d'intérêt public, comme celles visant à protéger l'environnement[26]. Toutefois, si l'Organe était appelé à se prononcer sur un cas relatif au système de soins de santé du Canada, le fait que beaucoup de Canadiens considèrent le système de soins de santé public comme une caractéristique nationale fondamentale n'aurait vraisemblablement aucun effet sur sa décision.

Le fardeau de la preuve repose sur la partie plaignante, laquelle doit démontrer clairement qu'il y a transgression. Il appartient ensuite à l'autre partie de démontrer qu'il n'y a pas de transgression. C'est l'inverse qui s'applique dans le cas des exceptions, le fardeau reposant alors sur la partie revendiquant l'avantage que procure l'exception. La partie en question doit alors démontrer que l'exception s'applique à son cas. Les exceptions sont généralement interprétées de façon étroite.

Jurisprudence

La jurisprudence de l'OMC couvre de nombreux cas et est généralement cohérente, ce qui s'explique par le fait que les groupes spéciaux sont aidés dans leurs délibérations par les employés du Secrétariat de l'OMC et de l'Organe d'appel permanent.

ALENA

Chapitre 20 de l'ALENA – État à État

Le chapitre 20 de l'ALENA prescrit un règlement des différends d'État à État visant presque toutes les dispositions de l'ALENA[27]. Les dispositions du chapitre 20 de l'ALENA s'apparentent à celles du MARD, bien qu'il y ait des différences concernant certaines modalités. Les groupes spéciaux, qui sont de nature ad hoc, sont composés de cinq membres, le processus de sélection étant inversé (la partie plaignante choisit les citoyens de l'autre partie ou d'une autre partie plaignante plutôt que ses propres citoyens). Les décisions du groupe spécial sont définitives et ne peuvent être portées en appel. On peut recourir à une indemnisation plutôt qu'à une adaptation de la mesure concernée, et la partie plaignante peut suspendre les avantages de l'ALENA. À la différence du MARD, qui exige que toute mesure de représailles fasse l'objet d'un examen avant d'être mise en œuvre, le chapitre de l'ALENA ne prévoit un examen qu'après l'adoption des mesures de représailles. Comme dans le cas du MARD, seuls les gouvernements fédéraux peuvent se porter partie plaignante.

À quelques exceptions près, une Partie signataire de l'ALENA ayant une plainte concernant les mesures prises par une autre Partie peut choisir entre l'ALENA et l'Accord de l'OMC. Une Partie choisira invariablement la procédure de règlement des différends de l'accord qui permet l'interprétation la plus favorable de son cas[28].

Chapitre 11 de l'ALENA – Investisseur/État

Le chapitre 11 de l'ALENA prévoit une procédure de règlement des différends entre investisseur et État qui, loin de remplacer la procédure au titre du chapitre 20 de l'ALENA, vient s'y ajouter. Ces dispositions permettent à un investisseur d'une Partie ayant subi une perte ou un préjudice en raison d'une violation par une autre Partie d'une obligation découlant du chapitre 11[29] d'entamer une procédure d'arbitrage contre le gouvernement fédéral de la Partie commettant

la violation. Cette procédure peut donner lieu à un jugement obligeant le gouvernement fédéral à verser une indemnisation monétaire[30]. La procédure peut viser une mesure provinciale mais c'est le gouvernement fédéral qui, en cas de violation, doit verser le montant de l'indemnisation. Les gouvernements provinciaux n'ont pas le droit de comparaître lors de la procédure. Un investisseur peut aussi entamer une procédure d'arbitrage au nom d'une entreprise située sur le territoire de la Partie commettant la violation dont il possède le contrôle (par exemple, un investisseur américain peut entamer une procédure contre le Canada au nom de sa filiale canadienne) et qui a subi un préjudice en raison de la violation. L'investisseur peut choisir entre le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et celui du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)[31]. Les jugements sont rendus par des tribunaux composés de trois membres, un choisi par l'investisseur, un autre par la partie visée par la plainte, le troisième (qui agit à titre de président du tribunal) étant choisi en vertu d'une entente ou par le secrétaire du CIRDI. Le chapitre 11 de l'ALENA ne permet pas de porter une décision en appel mais n'interdit pas à une partie de demander qu'un tribunal national procède à une révision judiciaire.

Interprétation

Comme les accords de l'OMC, l'ALENA est interprété conformément à la CVDT. Toutefois, l'article 102 de l'ALENA comporte des objectifs de grande portée qui ont été jugés par des groupes spéciaux créés en vertu du chapitre 12 et des tribunaux au titre du chapitre 11 comme « favorables à la libéralisation du commerce ». Les groupes spéciaux et les tribunaux ont parfois utilisé l'article 102 pour régler un différend d'une manière plus « favorable à la libéralisation du commerce » que ne l'autorise une stricte interprétation du texte.

Les règles concernant le fardeau de la preuve sont semblables à celles utilisées dans le cadre du MARD et les exceptions sont généralement interprétées de manière étroite. Toutefois, dans la procédure État/investisseur du chapitre 11 de l'ALENA, il y a une règle spéciale pour déterminer si les réserves des Annexes de l'ALENA peuvent être légitimement invoquées.

La Partie de l'ALENA qui invoque la réserve comme défense peut demander à la Commission de l'ALENA de déterminer si la réserve est applicable. Par conséquent, si le Canada affirme que la réserve de l'Annexe II concernant les services sociaux constitue une défense, le Canada pourrait demander à la Commission de l'ALENA une interprétation qui, si elle est rendue 60 jours après avoir été demandée, lierait le tribunal. La position que le membre américain de la Commission de l'ALENA adopterait dans un tel cas est difficile à prédire. Certains observateurs ont constaté que les déclarations faites par le *United States Trade Representative* peu après la signature de l'ALENA reposent sur une interprétation de la réserve relative aux services sociaux beaucoup plus étroite que celle du Canada à l'époque. Toutefois, les positions prises depuis par les trois gouvernements de l'ALENA indiquent qu'il y a eu durcissement à l'égard du chapitre 11 et les trois Parties, y compris la Partie de l'investisseur ayant soumis une réclamation, ont généralement appuyé les positions prises par les deux autres.

Jurisprudence

La jurisprudence actuelle de l'ALENA revêt un caractère manifestement ad hoc et la qualité des décisions afférentes aux chapitres 11 et 12 n'est pas uniforme. Certes, il y a un Secrétariat de l'ALENA, mais ses effectifs sont très limités et les groupes spéciaux du chapitre 12 et les

tribunaux du chapitre 11 ne peuvent compter sur une aide technique extérieure. Comme on l'a signalé ci-dessus, à la différence de ce que stipule le MARD, il n'y a pas d'organe d'appel permanent. À ce jour, on ne compte que trois décisions rendues par des groupes spéciaux créés en vertu du chapitre 20, de sorte qu'il est difficile de prédire comment un groupe spécial pourrait réagir devant une situation particulière. Le nombre des décisions rendues par des tribunaux créés au titre du chapitre 11 est plus élevé. Bien que certaines constantes se dessinent, les décisions des tribunaux créés en vertu du chapitre 11 sont de qualité inégale et, comme dans le cas du chapitre 20, il est difficile de prédire comment un tribunal pourrait statuer sur une question soumise à son attention.

Réponse aux questions

La procédure de règlement des différends établie en vertu du MARD n'existait pas lorsque le Canada a institué son système de soins de santé public. Cette procédure est beaucoup plus efficace que celle qui existait dans le cadre du GATT 1947. Le pays perdant une cause ne peut plus bloquer l'adoption d'un rapport, comme il pouvait se faire en vertu du GATT 1947. Le chapitre 20 de l'ALENA comporte aussi une procédure de règlement des différends passablement efficace.

La procédure État/investisseur du chapitre 11 de l'ALENA constitue une véritable innovation par rapport au passé puisque la décision visant à entamer une procédure doit être prise par l'investisseur plutôt que par le gouvernement.

L'existence d'une procédure efficace de règlement des différends accroît la portée de ces accords de libéralisation du commerce. Bien que ces accords n'aient pas la même autorité qu'une loi nationale, le non-respect entraîne des conséquences plus immédiates que celles découlant des accords internationaux en vigueur à l'époque où le système de soins de santé public du Canada a été institué.

Ceci étant dit, les accords de libéralisation du commerce n'ont pas la même valeur juridique qu'une constitution. Ni le gouvernement fédéral ni une province ne sont tenus de modifier une mesure quelconque simplement parce qu'un groupe spécial ou un tribunal créé en vertu du chapitre 20 de l'ALENA ou dans le cadre de l'OMC a conclu qu'il y a transgression. Les représailles aux termes du MARD ou du chapitre 20 de l'ALENA doivent être proportionnelles aux intérêts économiques ayant subi un préjudice[32] et n'ont pas de répercussions sensibles à moins que les intérêts économiques en cause ne soient d'une grande importance. Bien que les conséquences d'une décision obligeant à payer des dommages-intérêts en vertu du chapitre 11 soient plus immédiates, les intérêts économiques ayant subi un préjudice doivent être considérables pour que les dommages-intérêts soient de nature à susciter de véritables inquiétudes.

Il convient également de signaler qu'il n'est pas facile pour des intérêts privés de convaincre un gouvernement d'entamer une procédure de règlement d'un différend. Les programmes des gouvernements ne correspondent pas à ceux du secteur privé et il y a des limites à la capacité de tout gouvernement, y compris celui des États-Unis, d'intenter des poursuites liées à des revendications particulières.

Bien qu'un investisseur n'ait pas à solliciter l'accord de son gouvernement pour entamer une procédure dans le cadre du chapitre 11 de l'ALENA, il en coûte beaucoup de mener ces procédures jusqu'au bout pour obtenir un jugement favorable. Bien que le dépôt d'un Avis d'intention de présenter une réclamation soit chose facile, une procédure peut comporter de multiples étapes et exiger la tenue de plusieurs audiences présidées par des arbitres dont les taux horaires sont très élevés. Les montants en cause doivent être très élevés pour que le jeu en vaille la chandelle.

Conclusion

Les accords de libéralisation du commerce dont il est ici question ont conduit à l'adoption d'un ensemble exhaustif de normes auxquelles doivent se conformer toutes les lois fédérales et la plupart des lois provinciales. Les normes limitent les mesures que peuvent prendre les gouvernements pour protéger l'intérêt public. La plupart d'entre elles n'existaient pas lorsque le système de soins de santé public du Canada a été institué. Certaines normes alors en vigueur, comme l'obligation découlant du droit international coutumier de verser une indemnisation en cas d'expropriation, sont devenues beaucoup plus importantes suite à la mise en place, dans le cadre d'accords de libéralisation du commerce, de mécanismes efficaces de règlement des différends qui n'existaient pas auparavant.

Incidence négative

Expropriation et indemnisation

Parmi toutes les dispositions que l'on trouve dans les accords de libéralisation du commerce, celle qui pourrait avoir l'incidence la plus négative sur le système des soins de santé public du Canada est l'article 1110 de l'ALENA (Expropriation et indemnisation). Si cette disposition et la procédure de règlement de différends entre État et investisseur qui y sont liées avaient été en vigueur au cours des années 1960, la forme actuelle du système de soins de santé public n'aurait jamais vu le jour. Bien que l'article 1110 de l'ALENA n'influe pas sur la forme actuelle du système de soins de santé public, l'obligation de verser une indemnisation, qui s'appliquerait par le biais de la procédure investisseur/État, rend presque impossible un élargissement de la composante publique du système. L'article 110 de l'ALENA a également pour effet de transformer toute réduction de cette composante publique en une voie à sens unique. Dès lors que des entreprises privées acquièrent des intérêts économiques à la suite d'une déréglementation, le retour à l'état antérieur n'est possible qu'au prix du versement d'une indemnisation.

Traitement national et accès aux marchés

Les autres dispositions les plus importantes qui pourraient avoir une incidence négative sur le système de soins de santé public du Canada sont les obligations de traitement national et d'accès aux marchés découlant de l'ALENA et de l'AGCS. Dans la mesure où elles s'appliquent, ces obligations empêchent le gouvernement de traiter les prestataires de service étrangers (tant ceux qui sont établis au Canada que ceux qui sont engagés dans le commerce transfrontières) de manière moins favorable que leurs homologues contrôlés par des intérêts canadiens. Bien que la partie la plus importante du système de soins de santé public du Canada - l'acquittement par les régimes provinciaux d'assurance-santé des frais afférents aux services de santé assurés – puisse ne pas être influencée par ces dispositions, celles-ci ont certainement une influence sur des aspects complémentaires, et notamment sur les aspects qui tendent à favoriser les fournisseurs à but non lucratif par rapport aux fournisseurs à vocation commerciale.

Le système de soins de santé public du Canada est en grande partie protégé contre ces obligations de l'ALENA grâce à la réserve de l'Annexe I de l'ALENA et à la réserve sur les services sociaux de l'Annexe II. Toutefois, la réserve de l'Annexe I est une voie à sens unique et s'effritera au fil des ans. La réserve sur les services sociaux de l'Annexe II s'applique

assurément à la composante purement publique du système des soins de santé, mais elle ne s'applique probablement pas aux aspects du système de soins de santé qui échappent à cette composante publique.

Incidence positive

L'incidence que pourraient avoir les accords de libéralisation du commerce n'est pas que négative. La plupart des dispositions sont sans effet ou n'en ont que très peu et plusieurs dispositions de ces accords ont une incidence proprement positive sur la capacité du Canada de maintenir en vigueur son système de soins de santé public.

Monopoles

Nonobstant le préjugé favorable qui sous-tend ces accords, l'ALENA et l'AGCS comportent des énoncés très clairs selon lesquels les pays membres ou Parties peuvent désigner des monopoles et les maintenir en vigueur. Les obligations que créent ces dispositions ne sont pas lourdes, notamment en ce qui concerne les monopoles provinciaux. La seule réserve que l'on peut faire est que la capacité d'accroître les monopoles existants est limitée par l'obligation de verser une indemnisation en cas d'expropriation.

Définition de « subvention »

Le fait qu'une subvention soit clairement définie dans l'ASMC supprime une fois pour toutes les incertitudes au sujet de la vulnérabilité du système de soins de santé public du Canada à des mesures visant à contrebalancer l'effet de subventions. La loi américaine sur les droits compensateurs a toujours stipulé que les subventions non-spécifiques ne peuvent donner lieu à des mesures compensatoires, mais la façon dont la loi américaine sur les droits compensateurs a été interprétée et appliquée a été profondément influencée par les manipulations de groupes d'intérêt particuliers, et il n'y avait aucune règle du GATT 1947 qui permettait de préciser la nature des subventions ouvrant droit au prélèvement de droits compensateurs. Lorsque les États-Unis et le Canada ont négocié l'Accord de libre-échange canado-américain, le risque de mesures compensatoires américaines contre le système de soins de santé du Canada inspirait de sérieuses inquiétudes. L'ASMC a définitivement écarté ces inquiétudes.

Difficultés

Les accords de libéralisation du commerce soulèvent plus de difficultés qu'ils ne créent de possibilités. Les possibilités que ces accords offrent aux Canadiens proviennent de la libéralisation du commerce qui s'opère dans les autres pays, mais pas au Canada. La libéralisation du commerce dans le domaine de la prestation des produits et des services de soins de santé dans d'autres pays pourrait ouvrir des possibilités aux entrepreneurs canadiens présents dans ce domaine, ainsi qu'aux compagnies privées canadiennes d'assurance qui cherchent à accroître leur présence au sein de marchés étrangers. Toutefois, la réglementation du système de soins de santé du Canada est une question nationale et le système de commerce international résultant des accords de libéralisation du commerce soulève certaines difficultés.

Composante publique élargie et possibilité d'expropriation

Comme on l'a signalé ci-dessus, toute décision en vue d'élargir la composante publique du système de soins de santé (c'est-à-dire d'accroître les services de santé assurés dont les frais sont acquittés uniquement par les régimes provinciaux d'assurance-santé) obligera à démontrer que l'élargissement n'entraîne pas une expropriation.

Composante privée élargie : une voie à sens unique

Les gouvernements provinciaux sont assujettis à des pressions considérables en vue de réduire la composante publique du système de soins de santé, c'est-à-dire le nombre des services de santé assurés dont les frais doivent être acquittés par un régime provincial. Tout gouvernement provincial qui cède à ces pressions devrait soigneusement analyser l'incidence d'une telle réduction car le retour à la situation antérieure pourrait s'avérer difficile et coûteux.

Composantes privée et publique partagées

Les gouvernements provinciaux sont également assujettis à des pressions visant à ouvrir la composante publique du système de soins de santé en autorisant les patients à prendre eux-mêmes des dispositions en vue d'obtenir une protection en matière de services de santé. En vertu de ce modèle, les régimes provinciaux d'assurance-santé acquitteraient les frais des services de santé assurés pour certaines personnes tandis que d'autres s'occuperaient d'obtenir une protection par le biais d'assureurs privés couvrant les mêmes services. Il est entendu que l'ALENA et l'AGCS permettent aux gouvernements de désigner et de maintenir des monopoles, mais les responsabilités partagées correspondent à une situation plus complexe. Les décisions de ce genre soulèveront des difficultés concernant la façon de planifier le partage des responsabilités sans violer les règles relatives à la concurrence entre les fournisseurs du secteur public et ceux du secteur privé.

Maintenir la protection que procure l'Annexe I de l'ALENA

À chaque fois qu'il modifie les mesures garantissant la mise en œuvre du système de soins de santé, un gouvernement provincial s'expose au risque d'un effritement de la protection contre les contestations au titre de l'ALENA que procure la clause de maintien en vigueur de l'Annexe I. Le défi que soulèvent les modifications consiste à équilibrer le besoin de faire en sorte que le système de soins de santé demeure dynamique et s'adapte à une conjoncture changeante, et le besoin de préserver les avantages que procure la réserve de l'Annexe I. Lorsqu'ils modifient les mesures provinciales afférentes au système de soins de santé, les gouvernements provinciaux devraient soigneusement évaluer l'incidence des modifications sur la protection que procure l'Annexe I.

Jusqu'à quel point risque-t-on de susciter des contestations et des réclamations?

Bien qu'il soit facile d'imaginer des scénarios catastrophes dans le cadre de diverses dispositions des accords de libéralisation du commerce, l'évaluation des effets que ceux-ci pourraient avoir doit être modérée par un certain réalisme. Si on se penche sur le dossier de l'expropriation, qui représente l'obstacle unique le plus important à l'élargissement de la composante publique du système à un nouveau service, on constate que le risque de provoquer

des demandes d'indemnisation est proportionnel au degré d'engagement des intérêts privés dans le service en question. Par exemple, les assureurs privés au Canada jouent un rôle important dans le marché de l'assurance soins dentaires. Si tous les services de soins dentaires sont désignés services de santé assurés et ne peuvent être assurés que dans le cadre de régimes provinciaux, ces assureurs seront exclus du marché, de sorte que des demandes d'indemnisation seront présentées au titre du chapitre 11 de l'ALENA. Toutefois, la situation concernant les soins à domicile pourrait être tout autre. Si les assureurs privés ne sont que peu concernés par la couverture de ces services, ou si la protection offerte n'est pas lucrative, le risque de demandes d'indemnisation sera faible. Une analyse de risque pourrait révéler que le danger d'une contestation d'un élargissement du système de soins de santé public ou le risque de demandes d'indemnisation sont limités et susceptibles d'être résolus de façon satisfaisante.

Si on entreprend d'élargir la composante publique du système de soins de santé, se posera le problème de savoir si on doit ou non inclure dans la loi de mise en vigueur une clause privative limitant ou interdisant l'accès aux tribunaux nationaux. Si on n'inclut pas une clause privative dans la loi en question, le gouvernement adoptant la loi risque d'être confronté à des réclamations soumises par les parties privées concernées devant les tribunaux nationaux. Si une clause privative est incluse, le risque sera limité mais le risque de réclamations au titre de l'article 1105 du chapitre 11 de l'ALENA fondées sur un déni de justice sera grandement accru. Les législateurs devront peser les risques en déterminant quelles revendications sont susceptibles d'être déposées et la probabilité de succès des efforts visant à rejeter ou à limiter ces revendications en s'appuyant sur les lois nationales ou l'ALENA.

Possibilités

Tout en soulevant des difficultés, les accords de libéralisation du commerce laissent également aux gouvernements diverses possibilités concernant la manière de structurer le système de soins de santé du Canada. Bien qu'un élargissement de la composante publique du système laisse plusieurs questions en suspens, les accords de libéralisation du commerce n'ont à peu près aucun effet sur la possibilité de maintenir en vigueur la composante publique du système de soins de santé à son niveau actuel.

Les accords de libéralisation du commerce donnent en outre aux gouvernements une importante marge de manœuvre en matière de réglementation tant que les mesures prises à ce titre ne tombent pas dans un exclusivisme étroit ou discriminatoire. Les effets négatifs que pourraient avoir les accords de libéralisation du commerce proviendraient surtout d'une tentative visant à exclure certains intérêts commerciaux d'activités qu'ils exercent depuis longtemps ou à mettre en œuvre des mesures discriminatoires à l'égard de certains fournisseurs de services (par exemple, des fournisseurs commerciaux contrôlés par des intérêts américains qui seraient défavorisés au profit de fournisseurs canadiens à but non lucratif). Les accords de libéralisation du commerce laissent aux gouvernements beaucoup de souplesse pour réglementer les modalités de prestation de services, y compris les prix des services. Tant que ces systèmes de réglementation ne sont pas considérés comme des prescriptions de résultats prohibés en vertu de l'article 1106 de l'ALENA (lesquelles visent à interdire un traitement discriminatoire), les gouvernements conservent un pouvoir général de réglementation. Les accords de libéralisation du commerce accordent également aux gouvernements une bonne dose de souplesse pour réglementer les prix des aliments. Bien que les accords de propriété intellectuelle imposent certaines limites à la liberté avec laquelle les médicaments génériques moins coûteux peuvent

être utilisés, les gouvernements sont libres de réglementer le prix de tout médicament, y compris ceux qui sont protégés par un brevet.

Les négociations commerciales en cours – possibilités et difficultés

L'accord de l'OMC et le cycle de Doha

Tout comme le GATT 1947 qui l'a précédé, l'accord de l'OMC revêt un caractère dynamique puisque ses membres sont appelés à participer régulièrement à d'importants cycles de négociations, dont l'objectif est de libéraliser davantage le commerce. Comme on l'a déjà signalé, un nouveau cycle (le cycle de Doha) vient d'être lancé. Du point de vue du maintien en vigueur du système de soins de santé public du Canada, les négociateurs canadiens doivent relever un nouveau défi, à savoir ne pas contracter des obligations qui pourraient affaiblir la capacité des gouvernements fédéral et provinciaux d'assurer le maintien en vigueur du système. À cet égard, les négociations les plus importantes seront celles portant sur de nouveaux engagements dans le cadre de l'AGCS. Les entreprises canadiennes dans le secteur des soins de santé souhaitent accroître leur présence dans les marchés étrangers en créant des conditions où les autres pays membres devront prendre des engagements supplémentaires dans ces secteurs. Le Canada sera lui aussi assujetti à des pressions semblables l'incitant à prendre des engagements du même ordre. Le défi auquel seront confrontés les négociateurs canadiens consistera à équilibrer le désir de certaines entreprises canadiennes d'accéder aux marchés des autres pays, et la nécessité de veiller à ce que les possibilités s'offrant aux gouvernements canadiens en matière de soins de santé ne soient pas mises en péril.

Une possibilité importante qui s'offre dans le cadre du nouveau cycle de l'OMC est liée aux inquiétudes accrues soulevées à Doha au sujet des questions sociales et de la capacité des pays de s'attaquer aux problèmes sociaux. Bien que l'on mette l'accent sur les difficultés auxquelles font face les pays en développement, ces questions devraient préoccuper tous les pays membres. Il devrait être possible de préconiser l'inclusion dans l'Accord de l'OMC de dispositions visant à aider les membres à réduire les frais de soins de santé, plutôt qu'à les empêcher d'agir en ce sens.

ALENA et ALEA

À la différence de l'Accord de l'OMC, l'ALENA est statique. Il y a eu une interprétation convenue aux termes du chapitre 11 et certaines modifications techniques ont été apportées à des dispositions particulières concernant le commerce des marchandises. Les Groupes de travail de l'ALENA tiennent régulièrement des séances sur diverses questions mais on y aborde habituellement les problèmes de mise en œuvre. À quelques exceptions mineures près, l'ALENA ne prévoit aucun processus officiel portant sur des négociations périodiques visant à accroître la libéralisation du commerce. Toutefois, les trois Parties de l'ALENA et trente et un autres pays de l'hémisphère occidental négocient actuellement un *Accord de libre-échange des Amériques* (ALEA). Les négociateurs canadiens seront confrontés à des pressions semblables visant à contracter des obligations limitant la part du secteur public dans l'économie. Toutefois, les négociations sur l'ALEA pourraient aussi ouvrir la voie à de nouvelles possibilités. Les négociateurs de bon nombre de pays chercheront à préserver, et même à renforcer, le droit des gouvernements d'intervenir dans les questions sociales. En outre, on pourrait profiter des négociations sur l'ALEA pour reconsidérer certains aspects dérangeants du chapitre 11 de

l'ALENA et renforcer le droit des gouvernements de réglementer en vue de protéger l'intérêt public sans subir le risque d'être confronté à des demandes d'indemnisation.

Notes

1 Dans certaines provinces, comme l'Alberta et l'Ontario, la loi interdit expressément aux assureurs privés d'assurer des services assurés au titre de la Loi canadienne sur la santé (Flood 1999, 29). Toutefois, même s'il n'y a pas d'interdiction officielle, le fait qu'un gouvernement provincial acquitte les frais des services assurés signifie qu'il est impossible pour des assureurs privés d'assurer ces services.

2 Le Canada a également signé des accords bilatéraux de libre-échange avec le Chili, Israël et Costa Rica, ainsi que des accords bilatéraux sur la protection de l'investissement étranger (APIE) avec certains pays en développement. Comme les habitants de ces pays ont des intérêts économiques négligeables au Canada, l'effet que ces accords sont susceptibles d'avoir sur le système de soins de santé du Canada est peu important.

3 Annexe 1B de l'Accord de l'OMC.

4 Voir l'article I:3 de l'AGCS et l'article XXIV:12 du GATT 1994.

5 Le chapitre 15 de l'ALENA crée également des obligations concernant les entreprises d'État, comme les sociétés de la Couronne. Dans sa forme actuelle, le système de soins de santé public du Canada ne dépend pas de la mise sur pied ou du maintien de telles entités.

6 Le chapitre 15 de l'ALENA crée également des obligations concernant les entreprises d'État, comme les sociétés de la Couronne. Dans sa forme actuelle, le système de soins de santé public du Canada ne dépend pas de la mise sur pied ou du maintien de telles entités.

7 Annexe 1C de l'Accord de l'OMC.

8 Le chapitre 11 ne s'applique pas aux mesures visées par le chapitre 14 de l'ALENA (Services financiers). Bien que la définition des services financiers figurant à l'article 1414 inclue le mot « assurance », le chapitre 14 ne vise que la disposition transfontières des services financiers, laquelle ne concerne pas les activités des autorités publiques des diverses provinces en matière d'assurance-santé. Il y a une exception correspondante à l'article 1201(2)(a) pour le chapitre 12.

9 Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada (Phase 2) [inédit (10 avril 2001)].

10 Dossier de Secrétariat No. USA-MEX-98-2008-01. Cette cause visait les services transfrontières plutôt que l'investissement, mais la structure de l'article 1202 est semblable à celle des articles 1102(1) 1102(2).

11 Article 1106(1)(c).

12 Voir le débat concernant les lacunes que pourrait comporter la réserve de l'Annexe II dans Schwartz (1997) et Appleton (2000) (pages 2 à 7).

13 Metalclad Corp. v. The United Mexican States [inédit, ICSID Cas no. ARB(AF)/97/1 (30 août 2000)].

14 Des investisseurs ont contesté l'interprétation convenue dans plusieurs cas. Le tribunal Pope & Talbot (étape des dommages) s'est montré très critique à l'égard de l'interprétation convenue mais n'a pas contesté son caractère obligatoire.

15 Toutefois, à la page 21, Sinclair et Grieshaber prennent pour acquis que l'article I:3(c) de l'AGCS ferait l'objet d'une interprétation étroite. Comme l'article I:3(c) définit le champ d'application et la portée et ne constitue pas une exception, cela n'est pas nécessairement le cas.

16 CPC 8121.

17 Le Canada a également exclu certains services afférents aux soins de santé des classifications plus générales des services. Par exemple, le Canada a pris des engagements concernant les services de commerce de gros décrits dans le CPC 625 mais a exclu les secteurs 62551 (produits pharmaceutiques et médicaux) et 62252 (instruments et appareils chirurgicaux et orthopédiques).

18 Rapport du Groupe spécial WT/DS114/R 7 mars 2000.

19 Le groupe spécial a déclaré invalide une disposition beaucoup moins importante de la loi canadienne sur les brevets qui permettait à un fabricant de médicaments génériques de fabriquer et d'entreposer un médicament pendant les six mois précédant l'expiration du brevet.

20 Les dispositions de fond de cette Convention font maintenant partie de l'Accord sur les ADPIC et du chapitre 17 de l'ALENA.

21 Annexe 1A de l'Accord de l'OMC.

22 Annexe 1A de l'Accord de l'OMC.

23 Annexe 1A de l'Accord de l'OMC.

24 Annexe 4 de l'Accord de l'OMC.

25 Annexe 2 de l'Accord de l'OMC.

26 Voir United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Rapport du Groupe spécial WT/DS58/R, le 15 mai 1998, Rapport de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/R, le 12 octobre 1998. L'Organe d'appel a reconnu le droit des États-Unis d'adopter les mesures environnementales en question, lesquelles interdisaient l'importation de crevettes cultivées selon des méthodes n'assurant pas la protection des tortues de mer. L'Organe d'appel n'a formulé des réserves que sur la manière quelque peu arbitraire selon laquelle les mesures ont été appliquées. On a soutenu à tort que cette affaire revêtait un caractère anti-environnemental, ce qui n'est manifestement pas le cas.

27 La seule exception étant l'article 1501concernant les lois de la concurrence.

28 Dans Canada – Term of Patent Protection, Rapport du Groupe spécial WT/DS170/R du 5 mai 2000, Rapport de l'Organe d'appel WT/DS170/AB/R du 18 septembre 2000, les États-Unis ont décidé de contester la loi canadienne sur la durée de la protection des brevets dans le cadre du MARD parce que l'Accord sur les ADPIC était favorable à la cause du Canada. La disposition correspondante du chapitre 17 de l'ALENA permettait expressément la durée de la protection stipulée dans la loi canadienne.

29 Ou des articles 1502(3)(a) ou 1503(2), qui exigent que le pouvoir gouvernemental délégué à un monopole ou à une entreprise d'État soit exercé conformément à certaines dispositions de l'ALENA, y compris le chapitre 11.

30 Un tribunal ne peut exiger le versement de dommages-intérêts ou ordonner à une Partie de modifier sa loi.

31 L'article 1120(1)(a) de l'ALENA prévoit une troisième possibilité, à savoir la Convention du CIRDI. Mais comme le Canada n'a pas encore signé cette convention, il ne peut se prévaloir de cette solution à ce stade.

32 Voir l'article 22(4) du MARD et l'article 1029(1) de l'ALENA.

Bibliographie

Appleton, Barry. Lettre en date du 10 avril 2000 adressée à Michael McBane, Coordonnateur national, Coalition canadienne de la santé, ayant pour objet : Les conséquences du projet de loi 11 de l'Alberta sur le chapitre de l'ALENA concernant les investissements.

Flood, Colleen M. 1999. The Structure and Dynamics of Canada's Health Care System. Dans Jocelyn Downie et Timothy Caulfield, directeurs. *Canadian Health Law and Policy.* Toronto and Vancouver, Butterworths, 1999, pages 5 à 50.

Schwartz, Bryan 1997. NAFTA Reservations in the Areas of Health Care. *Health Law Journal.* 5, pages 99-117.

Sinclair, Scott, et Jim Grieshaber-Otto. 2002. *Facing the Facts: A Guide to the GATS Debate.* Ottawa, Centre canadien de politiques alternatives.